

Université de Neuchâtel
Faculté de droit et des sciences économiques

La coexistence des libertés

Thèse

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par **Mathias ADANK**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Monsieur Mathias ADANK est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «La coexistence des libertés».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 13 mai 1980

Le doyen de la Faculté
de droit et des sciences
économiques.

Roland Ruedin

Université de Neuchâtel

Faculté de droit et des sciences économiques

La coexistence des libertés

Thèse

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par **Mathias ADANK**





A mes parents

AVANT-PROPOS

L'auteur a la tâche agréable d'exprimer sa gratitude à toutes les personnes qui ont contribué à la réalisation de cet ouvrage.

Tout d'abord mes remerciements vont à Monsieur Jean-François AUBERT, professeur à l'Université de Neuchâtel, qui m'a prodigué de précieux conseils tout en me laissant une grande liberté dans mon travail.

Ensuite, je tiens à témoigner ma reconnaissance à Messieurs François CLERC et Philippe BOIS, professeurs à l'Université de Neuchâtel, pour le vif intérêt qu'ils ont porté à cette étude.

Je ne saurais oublier Maître Alain VIRCHAUX, avocat, qui a accompli la tâche ingrate d'améliorer le style de ce travail.

Neuchâtel, mai 1980

M.A.

La rédaction du présent ouvrage a été terminée en décembre 1979. Doctrine et jurisprudence publiées postérieurement ne sont que partiellement prises en considération.

BIBLIOGRAPHIE

Les ouvrages contenus dans cette bibliographie seront cités par le seul nom de l'auteur. En cas de plusieurs publications du même auteur, la citation comprendra en outre un mot clé, en italique ci-dessous. (P. ex.: AUBERT, *Traité*).

- AUBERT, Jean-François: *Traité* de droit constitutionnel suisse, Paris/Neuchâtel, 1967, 2 vol.
- Petite *histoire constitutionnelle*, Berne, 1974
 - La *liberté d'opinion*, RDS 92(1973) I, p. 429 ss
 - Les *droits fondamentaux* dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. Essai de synthèse. In: Menschenrechte, Föderalismus, Demokratie. Festgabe Kägi, Zurich, 1979, p. 1 ss
- AUBERT / JAGMETTI: Die Verfassungsmässigkeit des Entwurfes vom 14. Oktober 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, WuR 1971, p. 132
- BAEGGLI, Susanne: Die Kunstfreiheitsgarantie in der Schweiz, thèse, Berne, 1974
- BLUMER, Johann Jacob: Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, Schaffhouse, 1863
- BOSSHARD, Jürg: Demonstrationen auf öffentlichem Grund; verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte zum Problem der Demonstrationsfreiheit, thèse, Zurich, 1973
- BUEHLMANN, Hubert: Die Tragweite des Kartellartikels der Bundesverfassung im Hinblick auf eine Konzentrationskontrolle, thèse, Saint-Gall, 1979
- BURCKHARDT, Walter: Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 3e éd., Berne, 1931
- FISCHER, Konrad: Ueber den Geltungsbereich der Pressefreiheit, thèse, Zurich, 1973
- FLEINER, Thomas: *Probleme* der Anwendung von Verfassungsrecht im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde bei der unmittelbaren Verfassungsverletzung, ZBJV 107(1971), p. 249 ss
- Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen *Verwaltungsrechts*, Zurich, 1977
- FREY, Urs Peter: Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den andern Freiheitsrechten, thèse, Zurich, 1965
- GERMANN, Oscar Adolf: *Grundlagen* der Rechtswissenschaft, 2e éd., Berne, 1968
- Zur Ueberwindung des *Positivismus* im Schweizerischen Recht. In: Cent ans de droit suisse, Bâle, 1952, p. 99 ss
- GIACOMETTI, Zaccaria: Das *Staatsrecht* der schweizerischen Kantone, Zurich, 1941
- Der Freiheitsrechtskatalog als *Kodifikation* der Freiheit, RDS 74(1955), p. 149 ss
- GRISEL, André: *Droit administratif* suisse, Neuchâtel, 1970
- *Droit public non écrit*. In: Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Max Imboden, Bâle, 1972, p. 139 ss
 - La *liberté personnelle* et les limites du pouvoir judiciaire, Revue internationale de droit comparé, 1975, p. 549 ss

— *Jurisdiction constitutionnelle de demain*, ZBI 72(1971), p. 209 ss

GRISEL Etienne: La définition de la police. In: Recueil offert au Tribunal fédéral à l'occasion de son centenaire par les Facultés de droit suisses, Bâle, 1975, p. 91 ss

GYGI, Fritz: *Grundrechtskonkurrenz?* In: Mélanges Henri ZWahlen, Lausanne, 1977, p. 61 ss

— *Bundesverwaltungsrechtspflege*, Berne, 1979

GYSI, Peter: Die sozialpolitische Begrenzung der Handels- und Gewerbefreiheit in ihrer Bedeutung für den schweizerischen Rechtsstaat, thèse, Zurich, 1977

HAEFELIN, Ulrich: Verfassungsgebung. In: L'art de légiférer. Recueil des travaux présentés aux congrès des juristes suisses 1974, Bâle, 1974, p. 75 ss

HANGARTNER, Yvo: Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBI 70(1969), p. 337 ss

HESS, Peter: Einkaufszentrum, Raumplanung und Handels- und Gewerbefreiheit, thèse, Zurich, 1976

HINDERLING, Hans Georg: Rechtsnorm und Verstehen, Berne, 1971

HIS, Eduard: Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts, 3 vol., Bâle, 1920, 1929, 1938

HOTZ, Werner Friedrich: Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, thèse, Zurich, 1977

HUBER, Hans: Die *Verfassungsbeschwerde*, vergleichende und kritische Betrachtungen (1958). In: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Berne, 1971, p. 111 ss

— *Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie* (1958). In: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Berne, 1971, p. 166 ss (Paru également in: Ius et Lex. Mélanges Gutzwiller, Bâle, 1959, p. 535 ss)

— Die *Grundrechte* in der Schweiz. In: Bettermann/Neumann/Nipperdey: Die Grundrechte, Berlin, 1966, tome I/1, p. 179 ss

— *Probleme* des ungeschriebenen Verfassungsrechts. In: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht. Berne, 1971, p. 329 ss

— Der *Formenreichtum* der Verfassung und seine Bedeutung für ihre Auslegung, ZBJV 107(1971), p. 172 ss

— Ueber die *Konkretisierung* der Grundrechte. In: Der Staat als Aufgabe. Gedenkschrift für Max Imboden, Bâle, 1972, p. 191 ss

— *Schutz* der Werbung durch die Gewerbefreiheit oder durch die Pressefreiheit? SJZ 73(1977), p. 297 ss

IMBODEN, Max: Zur *Scheinlogik* rechtlicher Grundaussagen (1969). In: Staat und Recht, Bâle, 1971, p. 435 ss

— *Verfassungsgerichtsbarkeit* in der Schweiz. In: Staat und Recht, Bâle, 1971, p. 257 ss

- JOST, Andreas: Die neuste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, thèse, Berne, 1975
- KAEGI, Werner: Zur *Entwicklung* des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848. In: *Cent ans de droit suisse*, Bâle, 1952, p. 173 ss
- KNAPP, Blaise: *Le recours de droit public*, RDS 94(1975) II, p. 207 ss
 — *Intérêt, utilité et ordre publics*. In: *Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse*, Bâle, 1975, p. 137 ss
- LANG, Bruno: *Pressefreiheit und Handels- und Gewerbefreiheit*, thèse, Zurich, 1970
- LENDI, Martin: *Planungsrecht und Eigentum*, RDS 95(1976) II, p. 1 ss
- LEUENBERGER, Christoph: *Die unverzichtbaren und unverjährbaren Grundrechte in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichtes*, thèse, Berne, 1976
- MARTI, Hans: *Die staatsrechtliche Beschwerde*, 4e éd., Bâle, 1979
- MASTRONARDI, Philippe André: *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz*, thèse, Berne, 1978
- MOOR, Pierre: *Aménagement du territoire et propriété privée*, RDS 95(1976) II, p. 365 ss
- MORAND, Charles-Albert: *Tendances récentes dans le domaine de la liberté d'expression*. In: *12e Journée juridique. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève*, 1972, p. 23 ss
- MOSER, Hans Peter: *Die Kognition des Bundesgerichts bei der Beurteilung der staatsrechtlichen Beschwerde*, ZBI 72(1971), p. 185 ss
- MUELLER, Jörg Paul: *Soziale Grundrechte in der Verfassung ?*, RDS 92(1973) II, p. 687 ss
- MULLER, Pierre: *Le principe de la proportionnalité*, RDS 97(1978) II, p. 197 ss
- NEUPERT, Dieter: *Die Filmfreiheit und ihre verfassungsmässigen Schranken*, thèse, Zurich, 1976
- NOLL, Peter: *Zusammenhänge zwischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung in allgemeiner Sicht*. In: *L'art de légiférer*, Bâle, 1974, p. 249 ss
- OBERHAENSLI, Hans: *Die Gewährleistung der Freiheitsrechte, unter besonderer Berücksichtigung der verfassungsmässigen Garantie der persönlichen Freiheit*, thèse, Zurich, 1971
- OESTREICH, Gerhard: *Die Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten*. In: *Bettmann/Neumann/Nipperdey: Die Grundrechte*, Berlin, 1966, tome I/1, p. 1 ss
- OTT, Edward E.: *Die Methode der Rechtsanwendung*, Zurich, 1979

- PERRET, Jean-Daniel: La liberté d'opinion face à l'Etat, thèse, Neuchâtel, 1968
- PICOT, François: La bonne foi en droit public, RDS 96(1977) II, p. 115 ss
- REHBINDER, Manfred: Pressefreiheit für Reklame? , SJZ 73(1977), p. 53 ss
- RENNER, Felix: Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert. Ein Beitrag zur Dogmengeschichte, thèse, Zurich, 1968
- RHINOW, René: Der *Grundrechtskatalog* als Problem des Verfassungsrechts, ZBI 70(1969) p. 225 ss
- Die bundesgerichtliche Praxis zur *Demonstrationsfreiheit*, ZBI 72(1971), p. 33 ss, p. 57 ss
- SALADIN, Peter: *Grundrechte* im Wandel, Berne, 1970
- Das *Verwaltungsverfahren* des Bundes, Bâle, 1979
- SALIS, Ludwig Rudolf von: Schweizerisches Bundesrecht, 4 vol., Berne, 1891-1893
- SAMELI, Katherina: Treu und Glauben im öffentlichen Recht, RDS 96(1977) II, p. 287 ss
- SCHOLLENBERGER, Johann Jacob: Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechts der schweizerischen Kantone, Zurich, 1900
- SCHUERMANN, Leo: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Berne, 1978
- STALDER, Christoph: Preferred Freedoms - das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den andern Grundrechten, thèse, Berne, 1977
- TRECHSEL, Stefan: Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZBJV 115(1979), p. 457 ss
- VENANZONI, Reto: *Grundrechtskonkurrenzen* in der Rechtsprechung des Bundesgerichts, thèse non publiée, Berne, 1975
- *Konkurrenz* von Grundrechten, RDS 98(1979) I, p. 267 ss
- WILDHABER, Luzius: Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, RDS 98(1979) II, p. 229 ss
- WOLFERS, Arthur: Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, ZBJV 113(1977), p. 297 ss
- WYSS, Daniel: Die Handels- und Gewerbefreiheit und die Rechtsgleichheit, thèse, Zurich, 1971
- ZIMMERLI, Ulrich: Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, thèse, Berne, 1978, également RDS 97(1978) II, p. 1 ss
- ZIMMERMANN, Paul: Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, thèse, Zurich, 1979

PRINCIPALES ABREVIATIONS

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
BVerfG	Arrêt de la Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht)
Cf.	Confer : comparez
Cst. féd.	Constitution fédérale
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
FF	Feuille fédérale
GG	Grundgesetz der Deutschen Bundesrepublik
LF	Loi fédérale
N	Note
OJF	LF sur l'organisation judiciaire, RS 173. 110
op. cit.	Opus citatum : ouvrage, du même auteur, cité à la note précédente
p.	Page
p. ex.	Par exemple
RDS	Revue de droit suisse
RS	Recueil systématique du droit fédéral
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
TF	Tribunal fédéral
WuR	Wirtschaft und Recht
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins
ZBl	Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung

PREMIERE PARTIE

Chapitre 1: INTRODUCTION

Une jeune femme vend un journal politique devant une usine. Elle est punie parce qu'elle n'était pas au bénéfice d'une autorisation de police.¹ Peut-elle invoquer, outre la liberté du commerce et de l'industrie, la liberté de la presse? ² Une loi cantonale d'aménagement du territoire limite la surface de vente des centres d'achats.³ Faut-il juger la constitutionnalité de cette loi selon la garantie de la propriété ou la liberté du commerce et de l'industrie? ⁴

Un guérisseur traite les malades par l'invocation de Dieu selon les rites de l'Ancien Testament. Il accepte une rémunération.⁵ Son activité est-elle protégée par la liberté du culte ou par la liberté du commerce et de l'industrie? ⁶

Ces quelques exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral montrent ce que l'on entend par «concours de libertés». Il s'agit dans tous ces cas de mesures étatiques qui interviennent en même temps dans la sphère de protection de plusieurs libertés.

La doctrine classique s'est efforcée de définir les libertés, d'en déterminer les limites. Cette vue «pointilliste» des libertés est-elle justifiée? ⁷

Bien des auteurs essaient de traiter les libertés publiques du point de vue philosophique et dogmatique. Nous avons préféré une démarche plus pragmatique et plus technique. Nous n'échapperons cependant pas aux considérations abstraites. Il est propre aux garanties de libertés de tirer leur essence autant de la tradition que du texte même.⁸ C'est une des raisons pour lesquelles nous avons renoncé à traiter du problème du point de vue du droit constitutionnel comparé. Néanmoins, quelques références au droit constitutionnel allemand seront inévitables, ne serait-ce que parce que notre sujet de thèse a fait l'objet d'ouvrages remarquables en République fédérale allemande.⁹

1) ATF du 15 décembre 1976, **Ballos**, publié dans la ZBl 78/1977, p. 357 ss

2) Cf. p. 40 ss, 47 ss

3) ATF 102 Ia 104, **Globus**, du 21 janvier 1976

4) Cf. p. 55 ss, 59 ss

5) ATF 38 I 484, **Rüetschi**, du 10 septembre 1912

6) Cf. p. 34, 40 ss

7) Cf. p. 28 ss, 79 s

8) Cf. p. 18 ss

9) Cf. p. 70 ss

Chapitre 2: DEFINITIONS

2.1. Généralités

Le problème du concours de libertés n'a éveillé que peu d'intérêt en doctrine suisse.¹ A part la thèse de M. VENANZONI² - non publiée -, nous trouvons des allusions au concours de libertés dans des ouvrages consacrés à d'autres problèmes de la protection des droits fondamentaux.³

Cela peut expliquer, au moins en partie, la confusion de termes qui règne dans ce domaine. Très souvent, on ne distingue pas les cas où plusieurs libertés sont invoquées par une seule personne des cas où plusieurs personnes se réclament de différentes libertés, dans le cadre d'une même procédure.

2.2. L'utilisation du terme en droit constitutionnel suisse

M. FISCHER parle de concours de libertés « quand l'activité d'un individu tombe en même temps dans la sphère de protection de plusieurs libertés garanties sans que l'une d'entre elles domine nettement les autres.⁵

M. MORAND distingue entre concours parfait et concours imparfait. « Il y a... concours parfait, lorsque le même comportement humain ne peut être complètement appréhendé par une seule des libertés envisagées. »⁶

M. VENANZONI englobe dans la notion de concours de libertés « tous les cas dans lesquels la solution dépend virtuellement de plus d'une liberté ». ⁷

2.3. Critique de ces définitions

La définition de M. FISCHER est trop étroite. Elle ne couvre qu'une partie des **conflits positifs**⁸ entre différentes libertés et comporté déjà des éléments de solution.

1) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen; Konkurrenz*; GYGY, *Grundrechtskonkurrenz*; ZIMMERLI, p. 76 s; SALADIN, *Grundrechte*, p. 267 ss; AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 26 ss; FISCHER, p. 166 s; HUBER, *Grundrechte*, p. 210; Schutz, p. 297 ss; MASTRONARDI, p. 98 ss, 153 ss; NEUPERT, p. 104 ss; MORAND, p. 28 ss; STALDER, p. 13 N 20, p. 132, 144 ss; ZIMMERMANN

Le TF parle de concours de libertés dans quelques-uns de ses arrêts, p. ex.: Ballos, ZBI 78/1977, p. 357 ss

Dans la jurisprudence cantonale: p. ex.: Arrêt du Tribunal administratif argovien du 11 août 1975, publié dans ZBI 77/1976, p. 36 ss

2) Thèse de droit, Université de Berne, 1975

3) *Il convient toutefois de préciser que beaucoup d'auteurs se sont penchés sur des problèmes concrets qui touchent le concours de libertés. Ils n'ont cependant pas essayé de trouver une solution générale.*

4) FISCHER utilise en allemand le terme de « Grundrechtsträger ».

5) FISCHER, p. 167 s

6) MORAND, p. 29 s

7) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p 2; HUBER, *Schutz*, p. 299 N. 10

8) Terme employé par M. AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 27

La notion employée par M. VENANZONI est, par contre, trop large, car elle comprend aussi bien les cas où deux libertés se cumulent que ceux où une liberté est restreinte afin d'en protéger une autre.¹ Or les problèmes posés par ces deux groupes de cas sont très différents.

M. MORAND semble le mieux tenir compte des particularités du droit suisse. On peut d'ailleurs se demander si l'utilisation du terme de «concours de libertés» est heureux, ou s'il ne conviendrait pas plutôt de parler de «coexistence de libertés». Les deux termes expriment à peu près la même chose. Aussi est-il préférable de reprendre le terme de «concours» utilisé en droit allemand et repris par la plupart des auteurs suisses.

Une définition du concours de libertés doit suffire à deux conditions:

- elle ne doit pas préjuger la solution;
- elle doit tenir compte des mécanismes propres au droit suisse.

2.4. Une première définition

Il y a concours entre deux ou plusieurs libertés quand l'activité d'une seule personne tombe en même temps dans la sphère de protection de plusieurs libertés garanties par le droit constitutionnel suisse.

2.5. Concours entre le droit constitutionnel suisse et le droit conventionnel

En 1974, la Suisse a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme. Les relations entre les garanties contenues dans cette convention et le droit interne ne seront pas traitées dans la présente thèse.²

2.6. Concours entre le droit constitutionnel et une loi

Il existe des cas où le recourant a le choix entre une liberté constitutionnelle et une règle de la législation fédérale. Par exemple: une mesure étatique lèse-t-elle les droits de la personnalité. Faut-il se fonder, pour l'attaquer, sur l'art. 28 CC ou sur une garantie constitutionnelle?³ Les libertés constitutionnelles peuvent-elles influencer sur l'interprétation des normes du niveau légal? Nous ne traiterons pas de ces problèmes.

2.7. Les notions de «liberté», de «droit fondamental»

Nous emploierons indifféremment les expressions de «liberté» et de «droit fondamental». Nous parlerons de droits constitutionnels quand nous nommerons les droits que le citoyen peut invoquer dans le cadre du recours de droit public.

1) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 2

2) TRECHSEL, p. 467; WILDHABER, p. 327 ss; VENANZONI, *Konkurrenz*, p. 291 s

3) Cf. ATF 103 Ia 95, 96 cons. 4, X., du 30 mars 1977

Chapitre 3: IMPORTANCE DU PROBLEME

M. Hans HUBER parlait en 1975 de la question brûlante du «concours» ou de la «collision», de la «situation de tension» ou «situation de conflit» ou «antinomie des droits fondamentaux». ¹

M. FISCHER estime, dans une thèse consacrée à la liberté de la presse, que le problème du concours est de peu d'importance et qu'il a été surestimé par la doctrine (allemande). ²

Entre ces deux pôles, nous trouvons toute une série de prises de position d'auteurs qui se sont penchés sur des problèmes de concours. ³ Un seul a traité du problème d'une manière systématique. ⁴ Son travail, bien que non publié, a eu pour effet d'animer la discussion en Suisse. ⁵

Chapitre 4: LE CONCOURS DE LIBERTES — UN FAUX PROBLEME ?

Le Tribunal fédéral ⁶ et la doctrine essaient d'éviter les situations de concours en soumettant un comportement humain aux règles relatives à une seule liberté. Le concours de libertés serait-il donc un faux problème créé par quelques juristes ?

Nous reviendrons en détail sur ces questions de «subsumption». ⁷ Pour l'instant, il suffit de montrer que la subsumption d'une activité ne peut pas toujours se faire sans équivoque.

L'application des règles protégeant des libertés suppose la connaissance du contenu de ces règles. Les garanties constitutionnelles sont d'une technicité relativement faible. ⁸ Le texte même ne nous donne que très peu de renseignements. Jurisprudence et doctrine se sont efforcées de préciser les idées fondamentales. ⁹

C'est ainsi que nous savons que la liberté du commerce et de l'industrie protège toutes les activités privées à but lucratif. ¹⁰

1) ZBJV 113 (1975), p. 28

2) FISCHER, p. 168

3) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 26 ss; GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, *passim*; MORAND; p. 28 ss; REHBINDER, p. 53 ss; ZIMMERLI, p. 76 s

4) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen; Konkurrenz*

5) P. ex.: GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*; HUBER, *Schutz*; Le TF cite sa thèse dans plusieurs arrêts.

6) Cf. VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, résumé in: *Konkurrenz*

7) Cf. p. 30 ss

8) HUBER, *Konkretisierung*, p. 194 s; *Schutz*; HAEFELIN, p. 91 s; OBERHAENSLI, p. 31

9) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 26 s; SALADIN, *Grundrechte*, *passim*; HUBER parle de la «concrétisation» des normes constitutionnelles.

10) AUBERT, *Traité*, no 1872 ss

La liberté d'opinion protège la réception, la formation et la diffusion des informations et opinions.¹ Par opinion on entend «les résultats d'un processus rationnel de pensée ainsi que des convictions rendues saisissables et transmissibles par la raison telles que prises de position, jugements de valeurs, etc.»² Ces jugements peuvent porter sur une personne, un comportement, voire l'opinion d'autrui.³ La liberté de la presse protège la diffusion d'opinions contenues dans des documents reproduits «par des moyens typographiques, mais également par la lithographie, la photographie, l'héliogravure, la polycopie ou reproduction à l'aide d'une matrice».⁴

Nous constatons que les libertés protègent des activités humaines soit à cause du but poursuivi (liberté économique), soit à cause de leur contenu (liberté d'opinion), ou encore à cause du moyen par lequel elles se manifestent (liberté de la presse). Cette seule structuration différente est déjà source de problèmes, car les différents critères de subsomption peuvent se cumuler.⁵

Nous illustrons nos propos par deux exemples tirés de la jurisprudence du Tribunal fédéral:

Un homme guérit des malades par une imposition des mains et l'invocation de Dieu, selon l'Ancien Testament. Il accepte une rémunération de ses services en argent.⁶ En tant qu'activité de culte, elle relève des articles 49/50 Cst. féd.. En tant qu'activité lucrative, elle relève de l'art. 31 Cst. féd.. Le Tribunal fédéral a jugé, dans un premier cas, que le culte l'emportait sur l'activité lucrative.⁷ Dans un cas semblable, l'élément lucratif a été jugé prépondérant et l'activité soumise aux règles de la police économique admissibles au vu de l'art. 31 Cst. féd..⁸

Une femme vend un journal politique sur la voie publique. Le journal ne contient pas de publicité et est vendu à un prix très bas.⁹ Le journal est un produit de la presse et bénéficie donc de la protection de l'art. 55 Cst. féd.. La vente d'un produit est une activité lucrative protégée par l'art. 31 Cst. féd.. Le Tribunal fédéral a constaté que l'aspect économique n'était, en l'espèce, que secondaire. Néanmoins, il a soumis la vente de ce journal aux règles sur la police économique.

1) AUBERT, *Liberté d'opinion*, p. 429; PERRET, p. 9s

2) ATF 101 Ia 148, 150, Schulte-Wermeling, du 21 mai 1975

3) ATF 101 Ia 252, 255, Ernst, du 17 juin 1975

4) ATF 96 I 586, 588, Aleinick, du 24 juin 1970

5) *Traité plus en détail p. 31 ss*

6) ATF 38 I 484, 490 ss, Rüetschi, précité

7) ATF 38 I 484, 490, Rüetschi, précité

8) ATF 52 I 254, Isaëff, du 25 septembre 1926

9) ATF Ballos, ZBI 78/1977, p. 357 s, précité

10) ATF Ballos, ZBI 78/1977, p. 357, 359, précité

Conclusion

Ces deux exemples montrent qu'il n'est pas toujours possible de déterminer clairement à quelle liberté il faut attribuer un comportement donné. Le critère de la relation la plus forte, employé par le Tribunal fédéral et préconisé par une partie de la doctrine,¹ ne donne pas toujours des résultats satisfaisants. Il ne permet pas de tenir compte de l'importance des éléments en cause. L'activité des guérisseurs est soit économique (Arrêt Isaeff²), soit religieuse (Arrêt Rüetschi³).

Le deuxième exemple cité a provoqué encore plus de critiques. Il montre bien l'influence de la jurisprudence antérieure sur le sort d'une cause. Conformément à une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a soumis le colportage aux règles de la police économique. Dans l'arrêt **Ballos**,⁴ nous nous trouvons devant la situation absurde où le Tribunal fédéral constate que l'élément lucratif ne jouait qu'un rôle secondaire, mais n'en tire pas la conclusion logique de juger le cas selon les règles sur la liberté de la presse.⁵

Nous reviendrons sur les arrêts sus-mentionnés. On peut toutefois affirmer que le problème du concours ou de la coexistence de libertés n'est pas un faux problème.

Les deux cas montrent également l'intérêt pratique qu'il y a à résoudre le problème: l'application d'une liberté plutôt que d'une autre conduit à une issue différente du procès.

L'interdiction de l'Etat sera valable dans l'un des cas et nulle dans l'autre. La doctrine allemande, et à sa suite la doctrine suisse, désignent ce phénomène du nom de «divergence de limites» (Schrankendivergenz).

Les deux conséquences s'excluant, la doctrine en a déduit que les libertés s'excluent mutuellement.⁶

1) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 27; GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, *passim*

2) ATF 52 I 254, Isaeff, *précité*

3) ATF 38 I 484, Rüetschi, *précité*

4) ATF Ballos, ZBI 78/1977, p. 357 ss, *précité*

5) Cf. p. 45 ss

6) Cf. HUBER, *Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie*, p. 174

DEUXIEME PARTIE : QUESTIONS THEORIQUES

Chapitre 1: GENERALITES

1.1 Les restrictions aux libertés

A première vue, le concours de libertés ne pose de problème que si la solution du cas est différente suivant la liberté appliquée. Un exemple : la projection d'un film peut servir à l'expression d'une opinion ou à la diffusion d'une information.¹ Mais elle constitue aussi, dans la plupart des cas, une activité lucrative au sens de l'art. 31 Cst. féd.. A ce titre, elle est soumise aux règles de la police économique.² La censure préventive des films, longtemps utilisée dans un grand nombre de cantons suisses, est compatible avec l'art. 31 Cst. féd., elle est par contre inconstitutionnelle au regard de la liberté d'expression.³ Dans une jurisprudence constante le Tribunal fédéral a soumis la projection d'un film à l'art. 31 Cst. féd. et il a admis la censure.⁴

Nous constatons donc qu'il y a une différence dans les restrictions admises. Ces différences ne ressortent que rarement du texte même de la Constitution.⁵ Elles sont surtout l'oeuvre de l'interprétation jurisprudentielle.

Nous nous intéresserons donc d'abord aux mécanismes qui limitent les interventions de l'Etat dans la sphère des libertés. Ces restrictions doivent en effet obéir à un certain nombre de règles. L'évolution de la jurisprudence qui s'y rapporte influe directement sur les solutions des cas de concours.⁶

1.2 Le rattachement des activités humaines aux libertés

1.2.1 L'objet de la protection

L'exemple de la censure des films montre aussi un autre côté du problème : La projection des films est protégée contre des atteintes à l'art. 31 Cst. féd.. Le Tribunal fédéral en a déduit qu'elle est donc soumise à toutes les restrictions compatibles avec cette liberté. L'activité humaine protégée est ainsi intégrée dans un système de règles qui détermine les limites d'action.⁷ Deux questions se posent :

- Les libertés protègent-elles des activités humaines ou plutôt des aspects de l'épanouissement de la personnalité humaine ?
- Les libertés peuvent-elles servir de base à des restrictions ?

1) ATF 101 Ia 252 ss, Ernst, précité; ATF 87 I 275, Filmklub Luzern (I), du 12 juillet 1961

2) ATF 87 I 114, 116 ss, Sphinx Film, du 3 mai 1961 et la jurisprudence constante du TF

3) ATF 101 Ia 252, 255, Ernst, précité

4) AUBERT, droits fondamentaux, p. 27; NEUPERT, p. 199 ss

5) La «Grundgesetz» de la RFA contient ces limites. Cf. p. 71

6) Surtout celle relative au principe de la proportionnalité. Cf. p. 14 ss

7) M. HUBER parle dans ses écrits de «Schutz- und Normbereich».

1.2.2 L'interprétation des règles protégeant les libertés

Les garanties de libertés sont rédigées d'une façon extrêmement concise. Quelle est la structure de ces règles, quels sont les faits juridiques qui les constituent ? Les réponses à ces questions nous permettront de déterminer si le rattachement d'un comportement à une liberté doit être considéré comme exclusif.¹

1.2.3 La coexistence des libertés et les concepts juridiques

On ne saurait surestimer l'importance des concepts et modèles de pensée. C'est ainsi que la discussion du problème de la coexistence des libertés est conditionnée par la représentation concrète qu'on se fait de ces libertés.²

1.2.4 Les différences dues au traitement privilégié de certaines libertés

Le citoyen qui s'estime lésé dans ses droits peut, dans les trente jours, attaquer soit la loi, soit un acte d'application de cette loi. Les actes de pure exécution par contre ne peuvent en principe pas faire l'objet d'un recours de droit public. Il y a cependant des exceptions à cette règle. Ce sont les libertés inaliénables et imprescriptibles.³

Chapitre 2: LES RESTRICTIONS AUX LIBERTES

2.1 Il n'y a pas de liberté sans limites

Les libertés garanties par le droit constitutionnel, écrit ou non écrit, ne sont pas absolues et sans limites. La doctrine⁴ et la jurisprudence⁵ ne font que le répéter. Mais l'Etat lui-même n'est pas libre de les restreindre comme bon lui semble. Il doit se conformer à certains principes. Ce sont ces principes que nous étudierons successivement.⁶

Les libertés publiques doivent être respectées aussi bien par la Confédération que par les cantons. Elles limitent tous les pouvoirs, le législatif, l'exécutif et le judiciaire.⁵ Mais le droit suisse ne les protège cependant pas avec la même efficacité selon qu'il s'agit du pouvoir fédéral ou du pouvoir cantonal. Les actes du Parlement fédéral ne sont pas soumis à un contrôle de constitution-

1) Cf. p. 32 s

2) Cf. p. 28 ss

3) LEUENBERGER

4) Entre beaucoup d'autres: AUBERT, *Traité*, no. 1758; *droits fondamentaux*, p. 14 s; SALADIN, *Grundrechte*, p. 335 ss, 339

5) ATF 100 Ia 445, 449 AWAG, du 2 octobre 1974: « Comme toutes les libertés garanties par la Constitution, la liberté du commerce et de l'industrie n'est pas absolue, mais peut être limitée dans l'intérêt public. »

6) Nous suivrons la systématique adoptée par M. AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 15 ss; cf. aussi: MUELLER, J.P. in ZBJV 115(1979) p. 114 ss

7) Limitent-elles aussi le pouvoir constituant? Cf. Aubert, *Traité*, no. 324 ss

nalité.¹ Contre les décisions du Conseil fédéral il n'y a pas, sur le plan interne, de voies de recours.^{2, 3}

2.1.1 Les voies de recours

La protection des libertés est assurée par des moyens de droit permettant de faire contrôler la constitutionnalité d'une mesure. Il s'agit, d'une part, du recours de droit public et, d'autre part, des recours administratif et de droit administratif. Le recours de droit public est ouvert contre des mesures (loi, arrêté, ordonnance, décision) cantonales appliquant le droit cantonal et celles appliquant le droit fédéral si un autre moyen de droit n'est pas donné.⁴ Les recours administratif et de droit administratif sont ouverts contre les mesures des organes administratifs de la Confédération ainsi que contre certaines décisions cantonales de dernière instance.⁵ Dans les deux cas, le recourant peut alléguer la violation de ses droits constitutionnels.⁶ Si la mesure attaquée se fonde sur un acte du Parlement fédéral, soustrait au contrôle de la constitutionnalité, l'autorité de recours cherchera une interprétation conforme à la Constitution, pour autant que ce soit possible.⁷

2.2 L'exigence d'une base légale

L'exigence d'une base légale pour restreindre une liberté découle du principe de la légalité des activités étatiques.⁸ Si elle a connu une histoire différente selon les libertés en cause,⁹ elle est arrivée à une reconnaissance générale.

Cette première condition, si importante qu'elle soit dans un Etat fondé sur le droit, ne nous retiendra pas longtemps, car elle ne détermine pas l'étendue d'une liberté. Elle vaut pour toutes les libertés et n'a donc aucune influence sur la solution du problème du concours. Le principe n'est d'ailleurs pas absolu. Pour parer à un danger grave et imminent, menaçant les biens de police (l'ordre public, c'est-à-dire notamment la garantie de la vie, la santé, la tranquillité, la sécurité et la moralité publiques ainsi que la bonne foi dans les affaires),¹⁰ une autorité gouvernementale peut restreindre une liberté en

1) Art. 113 al 3 Cst féd.; AUBERT, *Traité*, no. 448 ss; IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 264 s

2) GRISEL A., *droit administratif*, p. 495 s; *Exceptions: les décisions prévues à l'art. 98 lit. a OJF*; Cf. GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, p. 90; SALADIN, *Verwaltungsverfahrenrecht*, p. 43

3) Toutefois, au plan international le recours à la Cour européenne des Droits de l'Homme est possible.

4) MARTI, p. 87 ss

5) GRISEL A., *droit administratif*, p. 464s; GYGI, *op. cit.*; SALADIN *op. cit.*

6) GYGI, *op. cit.*, p. 212; ATF 104 Ib 24 ss, Röhrlisberger, du 11 avril 1978

7) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 18; MASTRONARDI, p. 118

8) GRISEL, *droit administratif*, p. 161 ss, spécialement p. 164 ss

9) Cf. SALADIN, *Grundrechte*, p. 367 ss

10) Cf. p. 11 s

se fondant simplement sur une clause générale de police.¹ Assurément certaines libertés font, plus souvent que d'autres, l'objet de mesures restrictives basées sur la clause générale de police.² Cela tient cependant à la réalité des événements sociaux davantage qu'au droit.³ Il est admis aujourd'hui que, quelle que soit la liberté touchée, une restriction doit se baser sur une loi au sens matériel ou sur la clause générale de police.⁴

On nous reprochera de faire abstraction des exigences auxquelles doit satisfaire une base légale en fonction de la gravité de la restriction. Pour certaines atteintes graves, la jurisprudence du Tribunal fédéral exige en effet que la base soit claire et précise. Au moins les lignes directrices doivent-elles se trouver dans une loi au sens formel.⁵ En cas de concours, on n'imagine guère que le Tribunal fédéral jugerait un tel cas autrement qu'en fonction de la liberté la plus gravement touchée. D'ailleurs, le problème du concours se pose en général dans des cas où les deux libertés sont atteintes dans une mesure semblable.

2.3 L'intérêt public

L'exigence d'une base légale peut être considérée comme une condition de forme.⁶ Elle se double d'une condition de fond. La loi, au sens matériel, qui restreint une liberté doit être justifiée par un intérêt public.⁷

La notion d'intérêt public est trop vague pour être définie abstraitement, une fois pour toutes. Elle fait appel à l'idée qu'on se fait de certaines valeurs. Or les jugements de valeurs évoluent. Ce qui est d'intérêt public peut être illustré par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Dans tous les cas il doit s'agir d'un intérêt généralement reconnu et ne pas servir la seule cause d'une minorité.⁸

Nous diviserons notre exposé en deux parties. Dans un premier temps, nous parlerons des justifications opposables à toutes les libertés; puis, en second lieu, de celles qui ne le sont qu'à certaines libertés.

1) AUBERT, *Traité*, no. 1772/1773; *droits fondamentaux*, p. 16

2) *P. ex.*: la liberté de réunion et la liberté d'expression

3) Cf. AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 16

4) ATF 103 Ia 369, Wäffler, du 25 mai 1977; ATF 103 Ia 310, 311 s, Unité jurassienne, du 21 septembre 1977

5) ATF 103 Ia 369, 376, Wäffler, *précité*

6) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 17; SALADIN, *Grundrechte*, p. 367

7) ATF 103 Ia 586, 587, Buess, du 6 juillet 1977; AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 17 s; Sur la notion d'intérêt public: AUBERT, *Traité*, no. 2183 ss; GRISEL A., *droit administratif*, p. 171 s; KNAPP, *intérêt*; SALADIN, *Grundrechte*, p. 340 ss, spécialement p. 351 ss

8) GRISEL A., *droit administratif*, p. 171

2.3.1 Des justifications opposables à toutes les libertés

2.3.1.1 La protection de l'existence de l'Etat¹

L'Etat garantit les libertés fondamentales. Un exercice des libertés qui menacerait sérieusement l'existence de l'Etat n'est évidemment pas protégé par la Constitution. La plupart des décisions du Tribunal fédéral qui ont trait à ce problème datent d'avant 1945.² Elles n'ont qu'un intérêt secondaire en ce qui concerne la situation actuelle, car l'adoption du Code pénal suisse a résolu en partie le problème des atteintes à la sécurité intérieure et à la sécurité extérieure de la Suisse. La répression de tels actes ne peut plus se fonder que sur les dispositions des art. 265 à 302 CP, ainsi que sur la LF sur les douanes et la LF sur les postes. La prévention de tels actes doit s'inspirer de ces règles, car on ne saurait admettre que soient interdits des actes qui, selon le Code pénal, ne sont pas punissables. La question la plus importante est celle de savoir à quel moment l'autorité fédérale ou cantonale peut intervenir. Cette question relève de l'examen de la proportionnalité. L'examen des problèmes posés par la proclamation de l'état de nécessité sort du cadre de notre thèse. Toutefois, la proclamation de l'état de nécessité doit être conforme au principe de la proportionnalité. La question relève cependant plus de la politique que du droit.

2.3.1.2 Les motifs de police³

«L'une des missions essentielles de l'Etat est d'assurer l'harmonie de la vie collective. Le développement harmonieux de la vie collective n'est possible que si règne l'ordre public. Il incombe dès lors à l'Etat d'assurer cet ordre.»⁴ Selon une définition classique, les mesures de police servent à l'établissement et au maintien de l'ordre et de la sécurité publics.⁵ Le Tribunal fédéral se sert de plusieurs formules pour les définir: «Mesures visant au maintien de l'ordre public, c'est-à-dire notamment la garantie de la vie, la santé, la tranquillité et la sécurité publiques.»⁶ » Mesure... visant la protection de l'ordre, la tranquillité, la sécurité, la santé et la moralité publiques ainsi que la bonne foi dans les affaires.»⁷ «Maintien de l'ordre, de la tranquillité et de la sécurité publiques.»⁸

Les biens de police présentent un tableau confus. Toutefois, on peut dégager de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral⁹ les conditions auxquelles ils doivent satisfaire: La police ne touche qu'aux activités publiques. Il est

1) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 20; LANG, p. 55 s; SALADIN, *Grundrechte*, p. 341 ss

2) Cf. toutefois ATF 100 Ib 13, 17 ss, *Ligue marxiste révolutionnaire*, du 8 mars 1974

3) JOST, GRISEL E., NEF Hans: *Zeitgenössisches Polizeirecht*, ZBI 81/1980, p. 49 ss

4) ATF 92 I 24, 30 s, *Rassemblement jurassien*, du 2 mars 1966

5) JOST, p. 1 et auteurs cités

6) ATF 96 I 350, 357, *Frei*, du 8 juillet 1970

7) ATF 91 I 457, 460, *Müller*, du 26 mai 1965

8) ATF 96 I 219, 227, *Nöthiger und Pinkus*, du 24 juin 1970

9) Pour plus de détails cf. JOST, p. 25 à 49

souvent très difficile de trouver des critères pour distinguer les activités privées d'autres activités.¹ La police ne protège pas l'individu contre lui-même.² Elle se distingue de la politique sociale³ en ce qu'elle ne sert qu'à la protection des biens existants contre un danger⁴, par opposition à la promotion du bien-être. On déterminera selon le principe de la proportionnalité si et quand des mesures de police peuvent être préventives.⁵

2.3.1.3 La réserve de l'ordre légal⁶

Parmi les justifications opposables à toutes les libertés, on trouve aussi l'ordre légal. Les lois faites pour l'ensemble des citoyens, telles que le Code civil, le Code des Obligations et le Code pénal, limitent valablement les libertés.⁷

A vrai dire, cette réserve générale doit être précisée. En Suisse, ces lois générales sont très souvent des lois fédérales qui échappent au contrôle du Tribunal fédéral.⁸ La question est plus délicate lorsqu'il s'agit de savoir si des lois cantonales rentrent dans la catégorie des lois générales. Une loi cantonale sur le colportage peut-elle limiter la liberté de la presse? Nous aurons l'occasion de revenir sur cette question.⁹ Pour l'instant, il suffit d'émettre quelques réserves quant à la qualification traditionnelle de certaines lois.

2.3.2 Des justifications opposables à certaines libertés seulement

La liberté du commerce et de l'industrie et la garantie de la propriété peuvent, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, être restreintes pour des raisons non policières. Ces justifications spécifiques sont essentiellement la **politique sociale** et l'**aménagement du territoire**. Etant donné que plusieurs cas de concours de libertés concernent des mesures de politique sociale ou d'aménagement du territoire, nous nous bornons à faire état de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Certains des arrêts cités feront l'objet d'un examen plus détaillé dans les chapitres consacrés aux relations entre liberté économique et garantie de la propriété.

2.3.2.1 La politique sociale¹⁰

Ce n'est qu'en 1971 que le Tribunal fédéral commença à qualifier certaines mesures étatiques de mesures de politique sociale. Jusqu'alors, il les avait

1) JOST, p. 51 s

2) JOST, p. 50 s; cf. cependant ATF 97 I 499 ss, Griessen, du 3 mars 1971; NEF (N. 3, p. 11), p. 51 s

3) ATF 97 I 499, 505 s, Griessen, précité

4) JOST, p. 17 ss

5) Cf. ZIMMERLI, p. 41 ss; MULLER, p. 258 ss

6) AUBERT, droits fondamentaux, p. 18; SALADIN, Grundrechte, p. 360 ss

7) AUBERT, op. cit., p. 18

8) Art. 113 al. 3 Cst. féd.

9) Cf. p. 45 ss

10) GYSI

admises comme étant des mesures de police au sens large. Ce sont des mesures tendant « à procurer du bien-être à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens, ou à accroître ce bien-être par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs ». ¹ Ces mesures ne sont compatibles avec la Constitution que si elles n'ont pas pour objectif d'intervenir dans la libre concurrence et qu'elles satisfont à un besoin assez généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir. ²

La casuistique relative aux mesures de politique sociale traite avant tout des mesures visant à améliorer les conditions de travail (fermeture des magasins, ³ vacances payées ⁴) et des restrictions à la garantie de la propriété en vue de combattre la pénurie de logements. ⁵

2.3.2.2 L'aménagement du territoire

Une casuistique abondante traite de la constitutionnalité des mesures prises dans le cadre de l'aménagement du territoire. La plupart de ces mesures ne touchent que la garantie de la propriété. D'autres cependant ont une influence directe sur le commerce. ⁶

L'aménagement du territoire poursuit toute une série de buts. Il assure une utilisation rationnelle du sol, ⁷ combat la dispersion excessive des constructions, ⁸ sert à la protection de sites naturels ⁹ ou historiques, ¹⁰ poursuit des buts politiques ¹¹ ou encore de politique sociale. ¹²

Nous reviendrons sur quelques problèmes posés par l'aménagement du territoire dans une partie ultérieure de notre thèse. ¹³

- 1) ATF 97 I 499, 505, *Griessen*, précité
- 2) ATF 97 I 499, 506, *Griessen*, précité
- 3) ATF 97 I 499, *Griessen*, précité et arrêts cités à la p. 502;
ATF 98 I 395, 400, *Vögele AG*, du 17 novembre 1972;
ATF 101 Ia 484, 486, *Coop Olten*, du 5 novembre 1975;
ATF 102 Ia 452, 454, *Marché Diga*, du 22 décembre 1976
- 4) Cf. AUBERT, *Traité*, no. 658
- 5) ATF 103 Ia 417, 421, *Schweizer*, du 5 octobre 1977
- 6) Cf. ATF 102 Ia 104, 113, *Globus*, précité
- 7) ATF 99 Ia 604, 615, *Righi*, du 4 avril 1973
- 8) ATF 103 Ia 250 ss, *Neuhaus*, du 22 juin 1977
- 9) ATF 97 I 639, 642, *Commune de Pully*, du 17 mars 1971
- 10) ATF 102 Ia 243, 247s, *Neef-Schäfer*, du 15 juin 1976
- 11) LENDI, p. 129 s
- 12) ATF 102 Ia 104, 115, *Globus*, précité
- 13) Cf. p. 61 ss

2.3.2.3 La défense des valeurs esthétiques

La défense des valeurs esthétiques permet des restrictions à la garantie de la propriété. Il s'agit notamment de prescriptions visant à sauvegarder le caractère d'un village ou d'un quartier.¹

2.3.2.4 La politique économique

La Constitution fédérale permet à la Confédération de limiter la liberté du commerce et de l'industrie pour atteindre certains buts de politique économique.² Ces mesures sont cependant soustraites à l'examen du juge.³

2.4 Le principe de la proportionnalité⁴

Une restriction aux libertés garanties par la Constitution doit, outre sa base légale et sa justification par un intérêt public, respecter quelques grandes règles constitutionnelles. Depuis sa reconnaissance comme principe de droit constitutionnel non écrit,⁵ le principe de la proportionnalité est la plus importante de ces règles.⁶ Elle revêt une importance particulière pour la solution du problème du concours de libertés. Certains aspects de ce principe devraient permettre d'éviter le concours de libertés alors que d'autres pourraient constituer une base pour la solution des vrais cas de concours.

2.4.1 Les différents aspects du principe de la proportionnalité

La différenciation des divers aspects du principe de la proportionnalité est surtout l'oeuvre de la doctrine. Le Tribunal fédéral ne distingue pas toujours entre les divers aspects énumérés ci-dessous.⁷ Dans un arrêt de principe, il s'est exprimé ainsi: «Selon le principe de la nécessité et de la proportionnalité... des dispositions ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre le but qui les justifie. Elles doivent être le moyen adéquat à la réalisation du but d'intérêt public et permettre de l'atteindre en ménageant le plus possible la liberté de l'individu. Le but à atteindre doit en outre être dans une relation raisonnable avec les moyens utilisés et les restrictions aux libertés nécessaires à sa réalisation».⁸

1) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 21; ATF 101 Ia 213, 219 s, Cordey, du 21 mai 1975; ATF 99 Ia 581, 584, Bernasconi, du 27 juin 1973

2) AUBERT, *Traité*, no. 1902 ss; *droits fondamentaux*, p. 21; WYSS, p. 9 ss

3) Art. 113 al 3 Cst. féd.

4) ZIMMERLI, et auteurs cités; MULLER; HOTZ; WOLFFERS; AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 22 s

5) ATF 94 I 492, 496, Achermann, du 29 mars 1968; ATF 96 I 234, 242, Politische Gemeinde Bachs, du 20 avril 1970; ZIMMERLI, p. 19 et auteurs cités

6) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 22 s

7) Nous reprenons la systématique adoptée par ZIMMERLI; Cf ses remarques à ce sujet p. 24 ss

8) ATF 91 I 457, 464, Müller, précité

2.4.1.1 La mesure doit être apte à atteindre le but visé ¹

Le premier examen porte sur l'aptitude d'une mesure à atteindre le but qui la justifie. La jurisprudence n'est pas abondante sur ce point.² Très souvent, le juge ne niera qu'une mesure attaquée soit apte à atteindre le but visé que si l'argumentation de l'Etat paraît être dénuée de tout fondement. Le Tribunal fédéral considère à juste titre que ce n'est pas l'affaire du juge de substituer son appréciation à celle des autorités locales.³

2.4.1.2 La nécessité d'une mesure ⁴

Selon cette règle, une mesure étatique est incompatible avec la Constitution si elle va plus loin que le but ne l'exige. Le juge examinera donc si une mesure moins contraignante mais également efficace ne suffirait pas à atteindre le but visé. Cet examen est abstrait dans le sens qu'il compare deux mesures au regard des restrictions qu'elles apportent à la liberté.

Dans l'arrêt **Langer**,⁵ le Tribunal fédéral avait à se prononcer sur l'interdiction d'un produit facilitant la traite des vaches. Il annula la décision, jugeant qu'un avertissement sur l'emballage suffisait à écarter tout danger pour la santé publique. La décision attaquée était contraire à la liberté du commerce et de l'industrie.⁶

Mais dans un arrêt **Migros**,⁷ le Tribunal fédéral a estimé qu'un avertissement sur l'emballage des comprimés de vitamine C n'était pas une mesure aussi efficace que l'interdiction de la vente de ce produit en dehors des pharmacies et drogueries pour sauvegarder la santé publique.⁸

L'exigence de la nécessité d'une mesure devrait permettre d'éviter un certain nombre de cas de concours. Si une mesure restreignant deux ou plusieurs libertés peut être remplacée par une autre mesure aussi efficace mais qui ne restreindrait qu'une seule liberté, elle ne satisfait plus à la règle de la nécessité et est inconstitutionnelle.⁹

2.4.1.3 La proportionnalité stricto sensu ¹⁰

Le principe de la proportionnalité au sens strict du terme veut qu'une mesure se trouve dans une relation proportionnée avec la restriction de la liberté

1) ZIMMERLI, p. 13

2) P. ex.: ATF 103 Ia 80, 84, **Les Bouleaux Fribourg SA**, du 2 mars 1977

3) ATF 101 Ia 124, 128, **Chambre fribourgeoise des agents généraux d'assurances**, du 19 février 1975; ATF 103 Ia 80, 84 **Les Bouleaux Fribourg SA**, précité

4) ZIMMERLI, p. 14; HOTZ, p. 13 ss, 95 s

5) ATF 52 I 222, **Langer**, du 24 septembre 1926

6) ATF 52 I 222, 227, **Langer**, précité

7) ATF 99 Ia 370, **Migros**, du 23 mai 1973

8) ATF 99 Ia 370, 380, **Migros**, précité

9) P. ex.: L'octroi d'une patente de colportage uniquement basé sur la personne du colporteur et non sur le produit à vendre. Cf. p. 45 ss

10) ZIMMERLI, p. 16; HOTZ, p. 16 ss; AUBERT, **droits fondamentaux**, p. 22 ss

qu'elle comporte.¹ Ce jugement de valeur² met en balance, d'une part, le but poursuivi et, d'autre part, la gravité de la restriction à la liberté touchée. Le Tribunal fédéral utilise plusieurs formules pour définir cet aspect du principe de la proportionnalité: « Reste à examiner si l'intérêt public invoqué l'emporte sur l'intérêt privé... »³ En d'autres mots, l'intérêt public doit être prépondérant. Bien que toutes les libertés puissent être restreintes par des mesures proportionnelles, c'est bien l'application de ce principe qui les distingue le plus les unes des autres, car le jugement de valeur met en balance les intérêts publics et les intérêts privés. Or ces derniers ont une importance plus ou moins grande selon la liberté en cause. Les intérêts purement financiers ne font que rarement le poids vis-à-vis des intérêts publics. La jurisprudence concernant la garantie de la propriété nous le montre clairement.⁴

Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie ainsi qu'aux libertés idéales touchent cependant d'autres intérêts, jugés plus vitaux. On ne saurait nier que ces atteintes influent directement sur le mode de vie. Elles s'attaquent aux droits de la personnalité de se déterminer librement et d'agir en conséquence.⁵

2.5 Autres principes constitutionnels

L'énumération des conditions auxquelles sont soumises les mesures étatiques restreignant les libertés doit comprendre également les autres principes qui régissent l'activité administrative.⁶ Pratiquement les plus importants parmi eux sont: le principe de la bonne foi,⁷ celui de la non-rétroactivité⁸ et les règles découlant de l'art. 4 Cst. féd..⁹

Cependant en ce qui concerne les différences entre les libertés, ces règles techniques ne contribuent en rien à notre étude. Elles valent pour toutes les libertés de la même façon.

Chapitre 3: INTERET PUBLIC – INTERET PRIVE 10

Jurisprudence¹¹ et doctrine opposent l'intérêt public justifiant une mesure à l'intérêt privé de celui qui se plaint d'une violation de sa liberté. Il nous

1) AUBERT, *op. cit.*, p. 23

2) Les auteurs suisses-allemands parlent de « Güterabwägung »

3) ATF 103 Ia 417, 422, Schweizer, *précité*

4) Cf. ZIMMERLI, p. 77 ss

5) Droits protégés par la liberté personnelle

6) GRISEL A., *droit administratif*, p. 161 ss

7) PICOT; SAMELI; ATF 103 Ia 505, 508 s, Gebrüder Hoffmann AG, du 12 octobre 1977

8) ATF 100 Ia 147, 155, AG für Hypothekaranlagen, du 22 mai 1974

9) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 24 s; WYSS

10) MOOR, p. 395 ss; KNAPP, *intérêt public*; HOTZ, p. 40 ss; AUBERT, *Traité*, no. 2183 ss

11) Parmi les ATF récents: 102 Ia 104 ss, Globus, *précité*

semble que cette manière de voir, bien que pratique, n'est pas conforme à la Constitution et à la réalité. Elle a été influencée par le mécanisme de protection des libertés constitutionnelles en Suisse, c'est-à-dire par la procédure du recours de droit public.¹ L'exigence d'un intérêt personnel juridiquement protégé a largement contribué à cette théorie. En outre, on a trop souvent négligé la double nature de l'homme, être individuel et social en même temps, pour n'en retenir que l'aspect individuel.

L'Etat ne doit pas poursuivre des intérêts particuliers.² Son activité doit se déployer dans l'intérêt de l'ensemble de la population. L'individu, par contre, n'est pas tenu de poursuivre des buts d'intérêt général. Le commerçant cherchera avant tout le profit. Apparemment nous sommes donc bien en présence de deux intérêts différents.

Qu'en est-il au juste ? La question se pose en ce qui concerne aussi bien les libertés idéales que les libertés économiques. Le système libéral, tant politique qu'économique, part de l'idée que les individus, en recherchant des avantages particuliers, contribuent involontairement au bien-être général.³

La démocratie donne aux citoyens le droit de décider de l'opportunité des mesures touchant la collectivité. Les libertés idéales permettent à chacun de défendre ses idées politiques, philosophiques, morales ou scientifiques. Il n'y a pas de choix en fonction d'un idéal politique reconnu seul comme juste.

La recherche de la finalité de la vie humaine, collective et individuelle, n'est donc pas l'affaire d'une seule élite éclairée,⁴ elle est l'affaire de tous. L'Etat ne choisit pas pour ses citoyens le but et les moyens de les atteindre. En cela, une démocratie libérale se distingue fondamentalement des démocraties populaires socialistes.

La liberté d'opinion, de presse, etc. sert donc non seulement les intérêts privés mais aussi l'intérêt public.⁵

La liberté économique se place dans un contexte semblable. Le choix des objectifs de production n'est pas fait par une institution centrale en fonction d'une idéologie déterminée. Il est fait par les individus participant au marché en fonction de l'idéologie de chacun et en fonction des besoins ressentis par chacun.

La recherche d'un profit individuel n'est possible que si les produits ou les services offerts correspondent à la demande des acheteurs. Ainsi, l'intérêt

1) Surtout l'exigence d'un intérêt personnel. Cf. MARTI, p. 20

2) GRISEL A., *droit administratif*, p. 171 ss; FLEINER, *Verwaltungsrecht*, p. 8, 15 ss

3) BUEHLMANN, p. 121 ss

4) Comme le prétend la théorie léniniste

5) Cet aspect ressort particulièrement dans les discussions sur le caractère institutionnel des libertés; p. ex.: FISCHER, p. 14 ss, 39 ss;

ATF 104 Ia 377, 379, *Leserkampf*, du 4 octobre 1978

particulier du commerçant sert indirectement à l'augmentation du bien-être public.¹

Si donc la liberté du commerce et de l'industrie est garantie, c'est aussi parce qu'elle sert mieux les intérêts généraux des citoyens qu'une économie planifiée.² C'est pourquoi Constitution et législation combattent les situations où les mécanismes du marché ne sont plus opérationnels. Par exemple les monopoles³ et cartels abusifs,⁴ l'usure en matière de petit crédit.⁵

Surtout dans l'appréciation d'un ensemble de mesures⁶ tel qu'un plan, il est important de tenir compte des avantages évidents du système du marché. L'intérêt à ce que ce système soit maintenu n'est pas seulement un intérêt privé, particulier, mais aussi un intérêt vital de la collectivité.

L'opposition entre intérêt public et intérêt privé ne rend pas bien compte de la réalité. La pesée des intérêts se fait aussi entre l'intérêt public à une restriction et l'intérêt à la sauvegarde d'une sphère de liberté. Ce deuxième intérêt est, lui aussi, public.⁷ Non seulement parce que la Constitution fédérale oblige l'Etat à se fonder sur une conception libérale, mais aussi parce que la majorité du peuple a un intérêt à pouvoir agir librement.

Chapitre 4: DE LA CONCRETISATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES

4.1 Le problème à résoudre

Le concours de libertés nous oblige à revoir un certain nombre de problèmes d'interprétation de la Constitution. Pour qu'il y ait concours, il faut qu'une activité humaine se trouve en même temps dans la sphère de protection et

- 1) *Ce fait est fortement contesté aujourd'hui. En effet, il s'agit de savoir si la publicité commerciale peut créer des besoins artificiels. Cela touche donc à la question de savoir si l'homme est capable de se déterminer lui-même et d'agir en conséquence.*
- 2) *L'art. 31 Cst. féd. protège la libre concurrence; cf. AUBERT, **Traité**, no. 1915*
- 3) *En ce qui concerne les monopoles étatiques: SCHUERMANN, p. 187 s*
- 4) *P. ex.: ATF 87 II 365, 376, Giesbrecht, du 20 décembre 1960; LF du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues, RS 251; Cf. BUEHLMANN, p. 147 ss; SCHUERMANN, p. 277 ss*
- 5) *P. ex.: Concordat intercantonal réprimant les abus en matière d'intérêt conventionnel, RS 221.121.1*
- 6) *La mesure individuelle trouve son fondement dans l'ensemble de mesures, il peut donc s'y opposer l'intérêt d'un ensemble d'administrés.*
- 7) *KNAPP, **intérêt**, p. 145; MOOR, p. 395 ss*
*Dans ce sens M. KNAPP se demande si l'autorité ne devrait pas retirer ou reconsidérer d'office les décisions prises sur la base d'une interprétation déclarée inconstitutionnelle (**Recours de droit public**, p. 237)*
- 8) *Interprétation de la Constitution: AUBERT, **Traité**, no. 288 ss; GRISEL A., **droit administratif**, p. 44 ss; En ce qui concerne les libertés: HUBER, *Konkretisierung, passim*; *Verfassungsbeschwerde*, p. 131 ss; HINDERLING, p. 182 ss; OBERHAENSLI, p. 33 ss*

d'influence de deux ou plusieurs libertés. Si le concours de libertés ne comptait pas pendant longtemps parmi les problèmes traités par la doctrine suisse (cf. cependant un article de M. HUBER),¹ cela tient aux concepts dominants en la matière.

Nous partirons de deux questions :

- Peut-on soumettre une activité déterminée définitivement à une seule garantie de liberté (Unité de traitement d'une activité) ?
- Peut-on soumettre toutes les activités protégées par une liberté aux mêmes restrictions ?

4.2 De l'importance des concepts

4.2.1 Généralités

Les garanties constitutionnelles de libertés tendent à protéger l'individu contre l'ingérence de l'Etat dans une sphère « libre ».² Cette fonction est assurée par le recours de droit public³ dans les cas d'atteintes fondées sur le droit cantonal et par les recours de droit administratif et administratif dans le cas du droit fédéral.⁴ L'art. 113 al. 3 Cst. féd. constitue toutefois une exception importante. Les lois (au sens matériel) votées par l'Assemblée fédérale échappent au contrôle du juge constitutionnel.⁵

Le recours contre une mesure étatique restreignant les libertés soumet au juge une situation d'intérêts concrète. Le jugement dépendra de la réponse donnée à la question de savoir si telle situation d'intérêts correspond à la situation type prévue par le Constituant. Nous avons vu qu'un grand nombre de cas sont tranchés sur la base de l'application du principe de la proportionnalité. La pesée d'intérêts et de valeurs est primordiale dans ce domaine de la protection des libertés.

Cette pesée des intérêts se fait en fonction de la situation d'intérêts type. C'est dire que le Constituant a fait une pesée d'intérêts que le juge doit respecter.

La problématique du concours de libertés est intimement liée à la manière dont le juge rend ses décisions. Cette manière est elle-même conditionnée par les problèmes d'interprétation et de compréhension de la Constitution.

4.2.1.1 Le rôle de l'art. 90 al. 1 OJF

L'art. 90 al. 1 OJF oblige le recourant à préciser les libertés et droits constitutionnels qu'il estime avoir été violés par un acte étatique.⁶ Il ne suffit

1) HUBER, *Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie*, 1958

2) HAEFFELIN, p. 92

3) MARTI

4) GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*; SALADIN, *Verwaltungsverfahrenrecht*

5) AUBERT, *Traité*, no. 237 s; SALADIN, *Verwaltungsverfahrenrecht*, p. 191

6) MARTI, p. 138 ss; FISCHER, *critique*, p. 77 s

pas qu'il nomme des libertés garanties par le droit constitutionnel écrit ou non écrit ou qu'il cite des numéros d'articles, il doit alléguer en quoi ces libertés sont violées. Le principe «*iura novit curia*» ne s'applique pas intégralement à la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de protection des droits fondamentaux.¹ Bien que la Cour ait déjà admis qu'une liberté soit invoquée implicitement,² le recourant a tout intérêt à indiquer avec précision la liberté dont il se réclame. Une fausse subsumption a souvent pour effet que le Tribunal fédéral ne juge l'affaire que sous l'angle de la liberté invoquée et qu'il rejette le recours.³

4.2.1.2 Le choix de la liberté invoquée influe sur l'étendue de la protection future ⁴

Nous sommes en présence d'un cercle vicieux,⁵ car le choix des arguments du recourant se fonde sur sa compréhension de la Constitution et de la pratique antérieure de la Cour. De plus, il choisira ses arguments en fonction des chances de succès qu'ils offrent. Il n'invoquera pas nécessairement tous les arguments possibles en sa faveur, s'il est sûr de gagner le procès sur quelques-uns d'entre eux.

Les problèmes d'interprétation influent aussi sur la décision du juge. L'application d'une règle constitutionnelle ne mettra pas seulement fin au litige, elle contribuera aussi à concrétiser et à stabiliser le droit. Les recourants se fondent volontiers sur des décisions antérieures publiées, le juge étayant sa décision d'espèce par des références à la jurisprudence de sa cour, contribuent ainsi à la fixation d'une solution.⁶

La doctrine, enfin, est elle aussi influencée. L'étude des libertés ne peut se faire dans le vide abstrait. La science a besoin de cas pratiques, concrets. La critique de ces cas contribue à la formation des juristes.

4.2.2 L'importance du préjugé ⁷

4.2.2.1 Notion

Le juriste appelé à appliquer une norme légale ou constitutionnelle a, dès le début, une idée de l'objet de son travail.⁸ Nous appelons préjugé (ou com-

1) SALADIN, *Verwaltungsverfahrenrecht*, p. 118; MARTI, p. 156, (qui semble exiger l'application du principe «*iura novit curia*»)

2) ATF 100 Ia 263, 266 s, *Bürgin*, du 3 juillet 1974

3) Cf. GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, p. 62 s

4) OTT, p. 274 ss; KNAPP, *recours de droit public*, p. 225 s

5) HINDERLING parle de la «*Zirkelnatur des Verstehens*», p. 14

6) NOLL, p. 268: «*Die präjudizielle Selbstbindung... ist eine Grundregel rechtsstaatlicher Rechtsanwendung...*»

7) HINDERLING, p. 202 ss

Nous employons le terme de «*préjugé*» au sens étymologique

8) GRISEL A., *droit public non-écrit*, p. 139; IMBODEN, *Scheinlogik*, p. 440 ss

préhension intuitive ¹) cette idée encore vague qui influe sur la subsomption d'un état de fait à une règle juridique. Suivant cette compréhension intuitive, le juriste écartera des complexes de normes «inopérants». Ces préjugés de l'objet d'étude se manifestent encore d'autres manières: ils touchent à l'image formelle que l'interprète se fera de son objet, ils influenceront sur les questions à poser dans le processus de compréhension du texte, et ils donneront du poids à des arguments «pertinents».

4.2.2.2 Quelques préjugés importants en matière de libertés

Nous traiterons ci-dessous de quelques préjugés importants en matière de concours de libertés. Un des plus importants dans ce contexte est certainement l'image concrète, corporelle que l'on se fait des libertés et de leurs «limites». Outre son avantage évident pour la compréhension, cette image procède de l'idée que les libertés garanties sont des parties d'un tout, d'une liberté au sens du droit naturel.

Une autre idée est préexistante à la recherche d'une solution, à savoir que les libertés individuelles protègent des activités. D'où le concept qu'une activité est soumise aux règles d'une liberté déterminée.²

4.2.2.3 Compréhension intuitive ³ et interprétation des libertés

L'interprétation ou plus exactement la concrétisation des libertés constitutionnelles ne trouve qu'une base minime dans le texte même de la Constitution.⁴ Les préjugés gagnent dès lors en importance, car ils guident le juriste dans la recherche des éléments à prendre en considération lors de la concrétisation.⁵ Ainsi, le problème du concours peut servir de base à une réflexion sur quelques aspects des règles constitutionnelles.

Ayant constaté l'importance des préjugés, nous vérifierons l'exactitude de quelques-uns d'entre eux.

4.3 Interprétation des normes garantissant des libertés

4.3.1 Application d'une règle générale

L'application d'une règle juridique dans un cas concret se fait par «subsomption».⁶ Le juriste confrontera situation de fait et faits juridiques pour lui appliquer la conséquence prévue.⁷

- 1) L'ouvrage de M. HINDERLING différencie «Vorverständnis» de «Vorurteil», cf. p. 202 ss
- 2) Il est d'ailleurs douteux que les libertés puissent, comme telles, servir de base à des restrictions («limites inhérentes» aux libertés). Ce n'est en tout cas pas leur fonction naturelle.
- 3) HINDERLING, p. 14 s
- 4) HUBER, *Konkretisierung*, p. 195
- 5) HINDERLING, p. 14
- 6) GERMANN, *Grundlagen*, p. 26, 223; DU PASQUIER, p. 126 ss; comp. aussi OTT, *passim*. Nous reprenons ici le terme latin, courant en doctrine suisse-allemande
- 7) GRISEL A., *droit public non écrit*, p. 139

La règle de droit est composée de deux parties: des **faits juridiques** et d'une **conséquence**. Les faits juridiques énoncent un certain nombre de critères qui permettent de déterminer si un fait réel a les mêmes caractéristiques. Tous les faits réels tombent virtuellement sous le coup d'une même disposition légale s'ils présentent les mêmes caractéristiques que celles énoncées par les faits juridiques de la règle de droit. Les faits juridiques indiquent les critères à prendre en considération. Ils peuvent être très détaillés ou, au contraire, très imprécis. Selon leur degré de précision, un nombre plus ou moins grand de types d'activités pourra être rattaché à une règle.

La règle de droit attache une conséquence à la réalisation des faits juridiques. Par exemple: Celui qui volera sera puni. Cette conséquence peut être positive (le voleur sera puni), elle peut être négative (une possibilité est exclue, d'autres subsistent.)

4.3.2 La structure apparente des garanties de libertés

Nous avons présumé ci-dessus que la règle de droit énonce faits juridiques et conséquence. Celui qui voudra en prendre connaissance pourra se baser sur le texte de la règle et l'interpréter. Les règles constitutionnelles qui garantissent des libertés sont très souvent d'un type apparemment différent. «La liberté de la presse est garantie» (art. 55 Cst. féd.). «La liberté du commerce et de l'industrie est garantie» (art. 31 Cst. féd.). Ces deux exemples démontrent la structure traditionnelle des garanties de libertés.¹ C'est ce que nous appellerons leur structure apparente.

L'interprète cherchera à trouver les faits juridiques et la conséquence de cette règle de droit. Ce travail dépasse cependant le cadre de la pure interprétation,² c'est-à-dire de la recherche du sens d'une règle écrite ou implicite. Les libertés constitutionnelles sont des règles d'une imprécision telle que leur application constitue une activité créatrice.³

Certains auteurs vont jusqu'à nier que les garanties constitutionnelles soient des règles de droit.⁴ M. Hans HUBER les distingue des normes légales. Il y voit un type de règles de droit très proche d'une affirmation générale, d'une idée qui sert de point de départ à la réflexion de l'interprète. Dans le domaine des libertés, le texte perd de son importance. Largeur et imprécision du contenu font plutôt penser à un programme qu'à une règle de droit. Le fait est, cependant, que l'application directe, comme s'il s'agissait de véritables règles de droit, n'est nullement contestée en Suisse.⁵ La conséquence pratique est plutôt que l'interprétation d'une règle de cette structure demande une méthode appropriée. Cette méthode appropriée s'appelle concrétisation des libertés.⁶

1) HUBER, *Konkretisierung*, p. 195 s

2) HUBER, *Konkretisierung*, p. 192 s

3) KNAPP, *recours de droit public*, p. 223 ss

4) HINDERLING, p. 179 s

5) KAEGI, p. 189; HAEFELIN, p. 91; MUELLER, p. 852

6) HUBER, *Probleme*, p. 341 ss; *Verfassungsbeschwerde*, p. 130 ss

4.3.3 La structure réelle des garanties de libertés

L'objet de l'étude du juriste qui s'occupe des libertés aujourd'hui n'est pas le texte même énoncé dans la Constitution, mais ce sont les règles de droit élaborées et concrétisées par la jurisprudence. Déjà en 1848, les garanties de libertés auraient pu et dû être formulées autrement, avec plus de précision. Mais les libertés constitutionnelles servaient en même temps à la propagande et à l'éducation.¹ Les formules reprises d'autres déclarations des droits de l'homme avaient servi à la justification de la démocratisation et de l'auto-détermination des peuples.²

À côté de la structure apparente, les libertés ont une structure réelle. Résultat de la concrétisation jurisprudentielle, elles se présenteraient à peu près comme suit : « Une mesure étatique restreignant les facultés d'exprimer ou de diffuser une opinion à but idéal par le moyen d'un produit de la presse sera annulée si elle ne respecte pas certains principes ». Cette formule, encore incomplète, énonce tous les éléments nécessaires à l'application de la règle. Sa lourdeur est certainement une des raisons pour lesquelles on a préféré la formule simple.

Pour qu'une mesure étatique soit annulée par le juge, il faut donc qu'elle touche un domaine protégé et qu'elle ne soit pas justifiée par un intérêt public prépondérant (ou qu'elle ne satisfasse pas à une des autres conditions).³

Deux questions se posent alors :

- Quel est l'objet de protection des libertés, c'est-à-dire le domaine protégé ?
- Quelles sont les valeurs à prendre en considération lors de la pesée des intérêts ?

La jurisprudence et la doctrine ont concrétisé les critères déterminant l'objet de protection des libertés. Nous étudierons ci-dessous le problème de la qualification des activités humaines. Mais ce qu'il y a de plus délicat dans la concrétisation des libertés c'est la pesée des intérêts que le juge doit opérer.

4.3.4 Les normes garantissant des libertés servent de base à une pesée de valeurs ⁴

L'étude des mécanismes de restriction des libertés nous a montré l'importance du principe de la proportionnalité. Appliqué au sens strict, le principe consiste en une pesée des intérêts. Le juge n'est cependant pas libre dans

1) *HIS*, I, p. 63

2) *HIS*, I, p. 63

3) *Cf.* p. 9 ss

4) *HOTZ*, p. 46 ss; *OBERHAENSLI*, p. 31, citant *COING*: « Urteilen heisst stets auch werten », *Recht entscheiden heisst « Beurteilung eines Sachverhalts nach den im Recht enthaltenen Werturteilen. »* *MASTRONARDI*, p. 106; *ZIMMERLI*, p. 76

l'appréciation des valeurs. La Constitution contient, dans les règles garantissant des libertés, des décisions de principe. Certaines situations d'intérêts typiques servent de guide.

Ces situations typiques (Typische Interessenlagen) ne font pas elles-mêmes partie des faits juridiques. Elles permettent par contre de pondérer la conséquence juridique, c'est-à-dire la restriction d'une liberté. En tant que reflets d'une situation historique déterminée, ces situations d'intérêts sont sujettes au changement. Ce qui change n'est toutefois pas la décision de principe. La concrétisation est appelée à déterminer des situations d'intérêts analogues, qui respectent le choix de valeurs.¹

Les libertés individuelles sont préexistantes à la Constitution de 1848.² Leur garantie dans les diverses constitutions cantonales et fédérales s'insère dans la tradition des idées révolutionnaires. Le fait que les formules de garanties des libertés avaient été reprises d'autres textes les détache, dans une certaine mesure, du contexte historique de 1848. Il est une des tâches essentielles de la concrétisation de redéfinir les rapports entre le sens potentiel de ces règles et la situation concrète d'aujourd'hui. Les applications que la liberté a eues au cours des décennies éclaireront l'interprète sur le poids des valeurs dans la situation type. Il est essentiel de se rappeler le contexte historique pour apprécier si une même situation sera encore jugée de la même façon dans un environnement changé.

Chapitre 5: LES GARANTIES DE LIBERTES

5.1 Introduction

L'histoire de la protection des libertés en Suisse a une influence non négligeable sur leur contenu. Plusieurs concepts juridiques sont en rapport avec celle-ci et nécessitent un bref examen.

Le juriste suisse parle souvent des libertés comme s'il s'agissait de morceaux d'une liberté, d'une partie d'un tout, de choses concrètement délimitées dans l'espace.

La pensée du juriste est fortement influencée par les codifications du droit civil et du droit pénal.³ Le traitement systématique d'un domaine permet des raisonnements déductifs.

Est-ce que ces mêmes raisonnements et méthodes d'interprétation sont applicables en droit constitutionnel, plus précisément en ce qui concerne les libertés? Peut-on parler d'une codification de la liberté, comme l'a fait M. GIACOMETTI? ⁴ Poser cette question, c'est la nier. Les développements suivants nous permettront d'exposer nos vues.

1) Cf. p. 43

2) *Sur l'histoire constitutionnelle suisse*: AUBERT, *histoire constitutionnelle*, *passim*; *Traité*, no. 1 ss; HIS; HUBER, *Grundrechte*, p. 179 ss;

Sur l'histoire des droits fondamentaux en général: OESTREICH

3) Cf. p. ex. les solutions empruntées au droit pénal chez: MORAND, p. 29 s; NEUPERT, p. 105

4) GIACOMETTI, *Kodifikation*, *passim*

5.2 Les garanties des libertés en 1848/1874 1

Deux sortes de règles assuraient l'individu que l'Etat n'interviendrait pas dans sa sphère privée : les garanties données par la Constitution fédérale d'une part et, d'autre part, celles données par les constitutions cantonales.² Cette particularité propre au système fédéraliste suisse a une importance considérable.

L'histoire des libertés³ jusqu'en 1848⁴ ne présente qu'un intérêt secondaire. Entre la liberté totale et sa négation pendant les combats politiques du deuxième quart du 19^e siècle, il est difficile de trouver une ligne conductrice. Nous renvoyons aux ouvrages d'histoire du droit constitutionnel.⁵

La Constitution du 1848⁶ garantit expressément toute une série de libertés : liberté du culte, de la presse, de pétition, d'association, d'établissement.⁷ La Constitution de 1874 y ajoute la liberté de croyance et de conscience, la liberté du commerce et de l'industrie et le droit au mariage.⁸ Toutes ces libertés étaient déjà garanties par la plupart des constitutions cantonales.⁹ Elles ont été reprises soit parce qu'elles étaient susceptibles d'être violées par la Confédération,¹⁰ soit parce que leur protection au niveau cantonal paraissait insuffisante.¹¹

D'autres libertés étaient garanties par les constitutions cantonales :

- la liberté d'opinion¹²
- la liberté de réunion¹³
- la liberté personnelle¹⁴
- la garantie de la propriété¹⁵
- la liberté d'enseignement¹⁶

1) Cf. la doctrine citée p. 24, N.2

2) HIS, II, p. 369 ss; SCHOLLENBERGER, p. 31 ss

3) OESTREICH, p. 1ss

4) HUBER, *Grundrechte*, p. 179 à 184

5) Notamment les auteurs cités à la p. 24, N.2

6) Le problème principal était l'organisation de l'Etat! KAEGI, P. 182 ss

7) KAEGI, N. 23 p. 183; IMBODEN, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, p. 268; HIS, III, p. 533

8) HIS, III, p. 533

9) HIS, III, p. 533 ss

10) HIS, III, 565 (droit de pétition); SCHOLLENBERGER, p. 36

11) Liberté du culte: HIS, III, p. 536 s; Liberté d'association: HIS, III, p. 559 s; Liberté d'établissement: HIS, III, p. 568s; Liberté du commerce et de l'industrie HIS, III, p. 589 s

Liberté de la presse: les deux raisons, HIS, III, p. 553; Cf. aussi AUBERT, *histoire constitutionnelle*, p. 32

12) HIS, III, p. 558, qui la qualifie de peu d'importance; SCHOLLENBERGER, p. 36

13) HIS, III, p. 363 s; SCHOLLENBERGER, p. 36

14) HIS, III, p. 616 s; SCHOLLENBERGER, p. 36

15) HIS, III, p. 636 ss; SCHOLLENBERGER, p. 36; Elle était garantie dans toutes les constitutions cantonales sauf celle du Tessin.

16) HIS, III, p. 618 ss

Certaines de ces libertés ont trouvé, mais beaucoup plus tard, leur consécration comme droits individuels non écrits au niveau fédéral.¹

Il y avait donc un parallélisme, en 1848/1874, entre le partage des compétences entre Confédération et cantons d'une part, et les garanties de libertés dans les documents au niveau fédéral et au niveau cantonal d'autre part.

Les libertés individuelles garanties dans les constitutions étaient tenues pour des droits naturels. Cette conception a influé sur leur traitement. On considèrerait toujours que les différentes libertés faisaient partie d'un tout, qu'elles n'en étaient que des parties.² D'où l'image concrète que les juristes s'en faisaient.

Les auteurs³ qui considèrent que les libertés sont toutes une émanation de la dignité humaine et du droit de l'homme à un épanouissement de sa personnalité vont encore plus loin. Pour eux, les libertés font partie d'un système déductif.⁴

5.3 Le catalogue des libertés n'est ni complet, ni systématique

La protection des droits fondamentaux, telle qu'elle a été assurée en 1874 en Suisse, s'explique par les exigences politiques de 1848/1874. Les libertés garanties dans les constitutions fédérales et cantonales ne concernent que des sphères où un danger de restriction était concret.⁶ L'énumération des libertés constitutionnelles n'est pas complète. Il manque par exemple une norme fondamentale protégeant la dignité humaine.

Le catalogue des libertés en Suisse n'est pas non plus systématique. Les conditions et limites de restrictions, ainsi que les rapports de hiérarchie ne sont guère indiqués dans la Constitution. Les garanties de libertés ne forment donc pas un tout. Elles ne se déduisent pas d'un système logique.

5.4 Les conséquences du catalogue incomplet

Une protection systématique et complète des libertés individuelles toucherait à tous les aspects essentiels de la personne humaine. Elle pourrait servir de base pour déterminer le rang des différentes valeurs entre elles, en tenant compte du système.

1) *P. ex.: Garantie de la propriété: ATF du 11 mai 1960, Keller, in: ZBI 62/1961, p. 69, 72; Liberté d'expression: ATF 87 I 114, 117, Sphinx Film, précité; Liberté personnelle: ATF 89 I 92, 98, Kind X, du 20 mars 1963*

2) *HINDERLING, p. 221*

3) *P. ex.: MASTRONARDI*

4) *En quoi ils rejoignent les positivistes*

5) *KAEGI, p. 188 ss; HANGARTNER, p. 337 ss; RHINOW, Grundrechtskatalog, p. 225 ss*

6) *FISCHER, p. 67; GIACOMETTI, Kodifikation, p. 163 ss; GRISEL A., Juridiction, p. 217; ZIMMERMANN, p. 1*

Or en Suisse, le catalogue des libertés n'est ni systématique, ni complet. La reconnaissance de droits individuels non écrits le prouve. La discussion de savoir si toutes les libertés virtuelles et possibles étaient protégées par la Constitution fédérale le souligne d'ailleurs.¹ Néanmoins, les juristes suisses ont toujours raisonné comme si les garanties existantes formaient un tout, mais un tout de taille limitée. C'est pourquoi l'on parle de protection partielle des libertés. L'expression n'a de sens que par rapport à un tout, à un système.

L'absence de garanties systématiques a eu une autre conséquence: la doctrine a commencé à étudier séparément le droit fédéral et le droit cantonal. Alors qu'au début² on avait encore une vue d'ensemble des systèmes constitutionnels fédéral et cantonaux, en ce qui concerne aussi bien les libertés que les tâches étatiques, l'étude du droit fédéral a conduit les auteurs à perdre de vue cette unité.³ Or dans un Etat fédératif, les deux niveaux forment une unité, ils se complètent mutuellement.

L'étude du droit fédéral applicable dans toute la Suisse est devenu un objet spécialisé du droit constitutionnel suisse. Des commentaires⁴ interprètent les différentes normes de la Constitution fédérale. Des recueils de jurisprudence relatent les décisions des autorités fédérales.⁵ Le domaine étudié n'était plus celui des libertés fondamentales, mais celui des libertés garanties par des règles du droit fédéral. La question se posa tout naturellement de savoir si la Constitution fédérale garantissait d'autres libertés que celles qu'elle mentionnait expressément. Les raisons pratiques et politiques qui avaient présidé à l'insertion des garanties dans un document plutôt que dans un autre étaient oubliées. L'extension des compétences de la Confédération n'était pas accompagnée d'une extension des garanties de libertés au niveau fédéral.

5.5 La réponse des positivistes

Le positivisme juridique est une école de droit qui influença notablement la pensée des constitutionnalistes suisses.⁶ Pour eux,⁷ les seules libertés garanties étaient celles expressément inscrites dans la Constitution fédérale. Le Tribunal fédéral se rallia à leur thèse jusqu'en 1960, année pendant laquelle il reconnut à la garantie de la propriété le statut de droit garanti par le droit fédéral non écrit.⁸ Cette concession n'est qu'apparente, car le Tribunal fédéral déduit l'existence de ces libertés d'un rapport logique entre les libertés

1) Comme l'avait soutenu GIACOMETTI, *Kodifikation*, p. 149 ss

2) Cf. p. ex.: SCHOLLENBERGER, p. 36

3) Les différences de traitement procédural ont beaucoup contribué à cette évolution. Cf. VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 43 s; *Konkurrenz*, p. 271 s

4) BURCKHARDT

5) BLUMER, SALIS

6) GERMANN, *Positivismus*, p. 99 ss; RENNER, p. 46 ss

7) SCHOLLENBERGER, BURCKHARDT, GIACOMETTI, pour n'en citer que quelques-uns. (Cf. RENNER, p. 289 ss)

8) ATF Keller, ZBI 62/1961, p. 69, précité

qui sont écrites et celle qui ne le sont pas.¹ Les libertés garanties implicitement sont la condition nécessaire à l'exercice des garanties écrites, par exemple la garantie de la propriété privée pour la liberté économique.

Le débat sur l'étendue des libertés nous intéresse pour deux raisons essentielles. Premièrement parce qu'il montre très clairement qu'on avait perdu de vue le fait que, dans un système fédératif, les constitutions se complètent. On ne tenait pas non plus compte des raisons qui avaient motivé l'inscription de certaines libertés dans la Constitution fédérale. La discussion devenait formaliste.

Deuxièmement, cette évolution nous intéresse parce qu'elle a contribué à la formation de l'image que les juristes se font des libertés et qui conditionne leur concrétisation, car en posant la question de la protection totale ou partielle de la liberté, on fixait l'image de libertés délimitées dans l'espace.

Chapitre 6: LE CONCEPT CONCRET, CORPOREL

6.1 Introduction

Parmi les concepts qui marquent et influencent de manière décisive la réflexion du juriste,² nous nous intéressons spécialement à celui qui conçoit les libertés comme étant concrètement délimitées dans l'espace.³ Ici encore, nous rencontrons des méthodes de pensée empruntées au droit civil et au droit pénal. Plusieurs auteurs ont déjà remarqué que cette application de mécanismes n'était pas exempte de toute critique. Surtout lorsqu'il s'agit des problèmes de concours ou de coexistence de libertés, les systèmes civils ou pénaux ne sont plus capables d'expliquer l'application du droit constitutionnel. Car, à l'inverse du droit civil et du droit pénal, il ne s'agit pas de prétentions dont disposent les parties au litige,⁴ il ne s'agit pas non plus d'un système comme celui du droit pénal, marqué par des principes comme «nulla poena sine lege» et les mécanismes destinés à éviter la punition d'un innocent. Il est évident que ces branches du droit ont développé des théories propres, en fonction de leur finalité. Qu'il nous suffise de faire allusion à ces problèmes. Une partie d'entre eux telle que l'interprétation des règles constitutionnelles et certains concepts intellectuels ont pu être traités dans ce travail. Nous nous limitons cependant à ce qui est nécessaire dans le cadre de notre thèse.

6.2 Les libertés individuelles considérées comme parcelles de la Liberté

6.2.1 Le concept

Jurisprudence et doctrine dominante conçoivent les libertés individuelles comme étant des parcelles de la sphère privée soustraites à l'intervention de l'Etat. Elles s'en font une image concrète et objective, les libertés étant re-

1) *GRISEL A., Juridiction, p. 217 s*

2) *IMBODEN, Scheinlogik, p. 440 ss, surtout p. 441*

3) *HOTZ, p. 27*

4) *HUBER, Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, p. 169 s*

présentées comme choses limitées dans l'espace. Le langage traditionnel en témoigne ¹ : on délimite le **champ d'application** des libertés, on étudie leur **limites** ou **bornes**, on délimite une liberté par rapport à une autre, on parle de garanties **ponctuelles**,² du **domaine** de la liberté X.

Toutes ces expressions font allusion à une image spatiale et concrète. Cette manière de voir est aussi répandue chez les auteurs ayant une conception défensive des droits fondamentaux que chez les auteurs qui leur attribuent en plus une fonction institutionnelle ³; chez les positivistes aussi bien que chez les adeptes du droit naturel.⁴

L'idée que les libertés puissent être comparées à des objets concrets n'est pas une suite de l'interprétation de la Constitution fédérale. Elle est sous-jacente, préexistante et influe par là sur la manière de se poser les questions relatives à l'application des libertés. C'est ainsi que l'application d'une liberté exclut celle d'une autre, que l'extension du champ d'application d'une liberté rétrécit pour autant celui d'une autre.

6.2.2 Les raisons de ce concept

La liberté considérée comme une partie du tout, de la Liberté, évoque presque inévitablement l'image d'une parcelle ou d'un morceau.

Une autre source de ce concept réside dans la tendance à penser de manière systématique et déductive. Ce type de raisonnement⁵ suppose un ensemble ordonné, un système⁶. Fruit du positivisme juridique et des efforts de faire du droit une science neutre, cette méthode trouve son application naturelle dans les domaines du droit civil et du droit pénal, codifiés. C'est de là qu'ils ont pénétré dans l'esprit des juristes.⁷ Or comme nous l'avons vu, les libertés garanties par le droit constitutionnel suisse ne forment ni un tout complet, ni un ensemble ordonné.

De plus, la finalité du droit constitutionnel n'est pas la même que celle du droit civil ou celle du droit pénal. La concrétisation comme forme de compréhension et d'application se distingue⁸ de l'interprétation, des règles du droit civil et du droit pénal.

1) Parmi beaucoup d'autres: ZIMMERMANN, *passim*

2) FISCHER, p. 74

3) P. ex.: MUELLER J.P., p. 825 ss

4) Parmi les thèses récentes: OBERHAENSLI

5) Exemple typique: M. GIACOMETTI

6) GERMANN, *Positivismus* parle de «Dogma der logischen Geschlossenheit der positiven Rechtsordnung». p. 101

7) GERMANN, *Positivismus*, p. 107

8) HINDERLING, p. 182 ss

Nous voyons une troisième raison à ce concept dans le fait que les libertés opèrent une péréquation entre les intérêts du prince et ceux de l'individu.¹ Car n'oublions pas que les droits fondamentaux se sont développés dans un contexte politique et historique donné. L'idée de la limitation nécessaire de toute liberté a certainement contribué à la création du concept concret, corporel.

Ce concept n'est toutefois pas nécessaire à l'explication des mécanismes de l'exercice des libertés. On peut tout aussi bien s'imaginer que les libertés soient des champs d'activités dans l'espace et dont l'intensité décroît. A un moment donné, les forces existantes dans cette sphère ne sont plus assez grandes pour contrebalancer les intérêts invoqués en faveur d'une limitation.

6.3 La Constitution ne protège pas des activités déterminées mais des aspects de la Liberté.

6.3.1 Précision

L'utilisation du terme «Liberté» fait allusion au droit naturel. Il n'est toutefois pas nécessaire de prendre position pour ou contre le droit naturel en tant que source des libertés garanties car, même pour le positiviste, la Liberté est une réalité intellectuelle. Il se distingue de l'adepte du droit naturel en ce qu'il nie l'existence propre des libertés, indépendamment de leur garantie dans un texte de loi. D'autre part, lors de l'interprétation des normes constitutionnelles, le positiviste rejettera le recours aux valeurs extrinsèques à la Constitution.

6.3.2 L'objet de protection

La Constitution fédérale n'énumère pas les activités qu'elle entend protéger contre des restrictions étatiques. Elle protège certains aspects de la Liberté. La différence est importante, bien qu'on ait tendance à la négliger. Qu'entendons-nous par «des aspects et non des activités» ?

L'étude de la jurisprudence du Tribunal fédéral nous permet de dresser des listes d'activités protégées par les libertés constitutionnelles. C'est une suite de la concrétisation des libertés. Leur contenu est co-déterminé par l'intervention de l'Etat qui donne lieu à un procès.

Les garanties constitutionnelles ne protègent pas des activités nommées à l'exception de toutes les autres, mais des activités qui présentent certaines caractéristiques. Ces caractéristiques sont de nature et de précision inégales selon la liberté étudiée. Les activités qui présentent les caractéristiques énoncées par une liberté sont censées être des manifestations d'un aspect de la personnalité humaine digne de protection. C'est à cause de cet aspect qu'une activité sera protégée et non pas pour elle-même. La concrétisation des libertés illustre l'aspect à protéger par des exemples concrets.

1) *KAEGI, p. 173, 175*

6.3.3 La qualification d'une activité

Parmi le nombre indéfini d'activités humaines, certaines ont fait l'objet de réglementations juridiques. Quelques-unes ont donné lieu à des décisions du juge. Le juge a donc examiné si l'activité restreinte était une activité visée par un article constitutionnel et si la mesure étatique était une mesure qui avait pour but ou pour effet de toucher l'aspect protégé. En admettant le recours, le juge a constaté que l'activité était une activité protégée par l'art. X de la Constitution. La conséquence en est que la mesure étatique attaquée sera annulée.

D'autres activités du même type seront elles aussi protégées par la Constitution. Le Tribunal fédéral a cependant tiré une autre conclusion: si l'activité en question n'est pas protégée par l'article constitutionnel invoqué, elle ou des activités semblables pourront être soumises aux mêmes restrictions.

Cette dernière conclusion est trompeuse, car suivant la précision de la règle, les activités du même genre seront très semblables à la première ou non. L'affirmation n'est juste que si une activité ne peut pas en même temps présenter les caractéristiques de plusieurs libertés.

6.3.4 La qualification d'une activité peut être équivoque

Pour savoir si une activité déterminée peut se trouver simultanément dans la sphère d'influence de plusieurs libertés, il convient d'examiner les critères de subsumption. Il s'agit là, nous venons de le voir, d'une partie seulement des faits juridiques. Pour éviter toute co-existence virtuelle, il faudrait que les critères qui définissent les sphères d'influence des différentes libertés s'excluent mutuellement. Nous examinerons donc les différents critères qui définissent les sphères d'influence des libertés en droit suisse.

6.3.5 Les critères de qualification

Les garanties des libertés sont de précision inégale. Certains faits juridiques n'énoncent que peu de critères, d'autres sont plus précis. Tous les faits juridiques ne sont pas composés des mêmes types de critères. La classification ci-dessous sert uniquement à ordonner les critères de qualification selon leur force de distinction.

6.3.5.1 Le but de l'activité elle-même

Le but de l'activité est un type de critère que nous trouvons dans les faits juridiques de la liberté du commerce et de l'industrie. L'art. 31 protège toutes les activités à **but lucratif**.

6.3.5.2 Le contenu de l'activité

Le contenu de l'activité humaine sert de critère de qualification pour les libertés idéales. Il doit s'agir de l'expression d'une **opinion**, par exemple. Ce contenu peut être précisé: une opinion **religieuse**, une opinion à **but idéal**, etc.

6.3.5.3 Le moyen utilisé

Le moyen de l'expression d'une opinion est un critère supplémentaire. Il peut s'agir du moyen de la **presse**, de l'**association**, de la **réunion**, etc.

6.3.5.4 Exercice collectif ou individuel

Un autre critère encore se trouve dans la distinction entre les libertés dont l'exercice est collectif. Exemples: association, réunion, culte par rapport à l'expression d'une opinion.

6.3.6 Valeur distinctive de ces critères

Les critères de subsumption énumérés ci-dessus sont d'une valeur distinctive inégale. Les seuls critères de «**but lucratif**» et d'«**expression d'une opinion**» couvrent un grand nombre d'activités différentes. Le but lucratif couvre par exemple d'autant plus d'activités que les activités non rétribuées sont devenues rares.

La définition de l'opinion comme étant «des résultats d'un processus rationnel de pensée ainsi que des convictions rendues saisissables et transmissibles par la raison, telles que prises de position, jugements de valeurs, etc.»¹ permet elle aussi d'englober de nombreuses activités.

Des critères qui permettraient d'éviter le concours virtuel n'existent pas, car, parmi les activités qui ont un but lucratif, il y en a qui tombent en même temps dans un autre groupe, comme par exemple les activités en relation avec la production d'un produit de la presse.

6.3.7 Des activités présentant les critères de plusieurs libertés

L'activité d'un pasteur² a un but lucratif, elle peut donc être soumise à l'art. 31 Cst. féd.. Elle sert à l'expression d'une opinion religieuse et est donc protégée par les art. 49 et 50 Cst. féd..

Les activités professionnelles d'un secrétaire de parti politique, d'un orateur payé, etc. permettent le même raisonnement.

C'est à dessein que nous commençons par des exemples qui n'ont pas encore donné lieu à des décisions du Tribunal fédéral, car le simple fait que leur subsumption ne pose pas de problèmes devrait nous permettre de trouver une solution.

D'autres exemples de concours se trouvent dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: le colportage des produits de la presse,³ la projection de films de

1) ATF 101 Ia 148, 150, *Schulte-Wermeling*, précité. *Quid de l'expression d'une opinion dans une discussion politique par une personne qui est financièrement intéressée au résultat?* P. ex.: *Campagne des banques suisses, en vue de l'initiative du Parti socialiste sur les banques. Elle est aussi protégée* (Cf. ATF 96 I 586 ss, *Aleinick*, précité)

2) ATF 38 I 484, 490, *Rüetschi*, précité

3) Cf. p. 45 ss

cinéma,¹ l'activité des guérisseurs religieux,² la construction d'un centre commercial,³ etc.

Nous faisons abstraction des cas où le concours existe entre une règle générale et une règle spéciale,⁴ comme par exemple l'expression d'une opinion par le moyen de la presse, qui est protégée par la liberté de la presse et non celle d'opinion.

6.3.8 Conclusion

Nous pouvons faire un premier résumé de nos constatations : les libertés constitutionnelles sont des règles relativement ouvertes et peu précises. Elles protègent certains aspects de la personnalité humaine et de son épanouissement. Pour des raisons logiques et historiques, et sous l'influence d'une méthodologie orientée par le droit civil et par le droit pénal, les libertés sont décrites comme étant des objets concrètement délimités et qui ne peuvent pas se cumuler. Cette image n'est pas exacte, car elle ne tient pas compte du fait que les libertés désignent de façon très imprécise les activités protégées, d'une part, et qu'un comportement peut présenter des aspects protégés par différentes libertés, d'autre part. Lors de la détermination des activités protégées et celles qui ne le sont pas, les préjugés herméneutiques jouent un rôle important. Ils guident l'interprète dans l'attribution d'un comportement humain à la sphère de protection d'une liberté.

Certains comportements humains sont virtuellement protégés par plusieurs libertés. Malgré cette situation de concours, ces cas n'ont pas encore donné lieu à des procès. D'autres activités virtuellement protégées par plusieurs libertés ne bénéficient que de la protection d'une seule.

Chapitre 7 : LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES DES CAS DE CONCOURS

7.1 Introduction

M. VENANZONI⁵ a consacré une partie importante de sa thèse aux solutions jurisprudentielles du concours de libertés. Nous ne reprendrons que ce qui est nécessaire à la compréhension de notre raisonnement. Nous examinerons quelques-unes des solutions trouvées, à la lumière des considérations ci-dessus.

1) Cf. p. 49 ss

2) Cf. p. 34

3) Cf. p. 55 ss

4) M. MORAND parle de concours « imparfait » (p. 29 s); Cf. p. 37 ss

5) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 10 ss; *Konkurrenz*, p. 271 ss.
A noter que M. VENANZONI part d'une définition plus large du concours, cf. p. 2 ci-dessus

7.2 La jurisprudence n'est pas uniforme

Le Tribunal fédéral s'est servi de plusieurs méthodes pour résoudre ces cas pratiques tels que la censure de films,¹ l'interdiction du colportage des produits de la presse,² etc. Le raisonnement de notre haute Cour est topique³ plutôt que systématique. Des influences politiques⁴ peuvent avoir joué un rôle, ainsi que des opinions historiques.

La thèse de M. VENANZONI distingue plusieurs groupes de cas de concours et démontre que les solutions diffèrent d'un groupe à l'autre.

7.2.1 L'exclusion d'un droit fondamental par la définition des faits juridiques⁵

Certains cas de concours ont été résolus par la définition des faits juridiques de l'un des droits fondamentaux virtuellement touchés. Cette définition permettait ensuite d'écarter la liberté en question.

Les exemples de cette technique de solution du concours de libertés se trouvent dans différents domaines. Nous en choisissons deux :

7.2.1.1 Le cas *Isaëff* (ATF 52 I 254)⁶

Dans l'arrêt *Isaëff*, le Tribunal fédéral avait à juger de l'activité d'un guérisseur. Dans un arrêt précédent, le même tribunal avait protégé l'activité d'un guérisseur comme étant un exercice de la liberté du culte.⁷ La question à résoudre était donc de savoir si les activités de dame *Isaëff* rentraient également dans le cadre des actes cultuels. La cour précisa la notion de culte, modifiant ainsi sa jurisprudence sans le dire expressément, et écarta l'application de l'art. 50 Cst. féd.. « Les cantons ont... le droit d'interdire le traitement des malades par la prière, lorsqu'il s'y mêle des actes étrangers aux pratiques de pure dévotion, seules protégées par l'art. 50 Cst. féd. »⁸

1) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 14 s

2) Cf. p. 45 ss

3) VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, 3e éd., Munich 1965

4) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 63 ss

5) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 31 ss; *Konkurrenz*, p. 273 s

6) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 32 ss

7) ATF 38 I 484, 490 ss, *Rüetschi*, précité

8) ATF 52 I 254, 259, *Isaëff*, précité

7.2.1.2 L'exemple de la censure de cinéma ¹

Certains recourants avaient invoqué contre la censure des films une violation de la liberté de la presse.² Le Tribunal fédéral a défini restrictivement la notion de «produit de la presse» et celle d'«opinion».³ Il en résultait que le film ne rentrait pas dans la sphère de protection de la liberté de la presse et n'avait plus d'autre appui que la liberté du commerce et de l'industrie.

La question de savoir si le film était protégé par la liberté de la presse ne joue plus, aujourd'hui, de rôle. La liberté d'opinion, droit fondamental non écrit du niveau fédéral, englobe aussi l'expression par le moyen du film.⁴ La question de concours entre la liberté du commerce et de l'industrie et, cette fois, la liberté d'opinion resurgit aujourd'hui.⁵

7.2.2 La réserve de l'ordre public ⁶

Il est de doctrine constante que les libertés ne donnent pas de privilèges en cas d'application de lois générales. Nous nous bornons ici à signaler cette catégorie de solution du cas de concours. Nous reprendrons l'étude de cette jurisprudence ci-dessous.⁷

7.2.3 Construction d'un rapport de spécialité entre deux libertés ⁸

Les cas de concours apparents font l'objet d'un chapitre à part.⁹

- 1) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 16 ss, p. 34 s; *Konkurrenz*, p. 273
- 2) ATF du 14 juin 1918, *Burckhardt*, non publié. Extraits in: AEPPLI, *Die Filmzensur in der Schweiz*, thèse Zurich 1949, p. 62, 112 s; FF 1925, II, 560; PERRET, p. 43, 45 s
- 3) ATF du 30 janvier 1931, *Präsens Film*, non publié; ATF 87 I 114, 117, *Sphinx-Film*, précité; ATF 87 I 275, 287 s, *Filmklub Luzern (I)*, précité; ATF du 19 septembre 1962, *Filmklub Luzern (II)*, ZBI 64/1963, p. 363 ss; ATF *Tobis Film*, ZBI 43/1942, p. 369, 398
- 4) ATF *Filmklub Luzern (II)*, ZBI 64/1963, p. 363, précité; ATF 101 Ia 252, 255, *Ernst*, précité
- 5) Cf. p. 51
- 6) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 35 s; *Konkurrenz*, p. 275 s
- 7) Cf. p. 44 ss
- 8) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 40 s
- 9) Cf. p. 37 ss

TROISIEME PARTIE :

LES GROUPES DE CONCOURS DANS LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FEDERAL

Chapitre 1 : INTRODUCTION, GENERALITES

Après avoir vu les bases des restrictions des libertés en droit suisse, nous présenterons dans cette partie trois groupes de cas de concours :

- Les concours entre les libertés idéales;
- Les concours entre les libertés économiques et les libertés idéales;
- Les concours entre les libertés économiques.

Chacun de ces groupes présente des particularités qui nous ont amené à les traiter séparément. Nous tenons toutefois à répéter ici qu'à notre avis, il ne convient pas de traiter différemment les libertés idéales et les libertés économiques. Le souci de protéger le mieux possible les libertés idéales, sans pour autant freiner des évolutions nécessaires dans le domaine des libertés économiques, a amené plusieurs auteurs à proposer des traitements différenciés. Une vue d'ensemble du problème de la protection des libertés montre cependant qu'on ne peut pas dissocier complètement la protection des libertés économiques de la protection des libertés idéales.¹

Ne prenons que l'exemple de la liberté de la presse. La propriété privée des moyens de production de la presse assure une certaine indépendance des imprimeurs envers l'Etat. Cela n'empêche pas que l'Etat prenne parallèlement des mesures d'encouragement envers la presse, qui profiteront à des groupes sous-représentés. Dans tous les cas, le lecteur-consommateur fera son choix sur le marché des produits de la presse. On ne pourra pas l'obliger à acheter et à lire un journal dont le contenu ne lui conviendrait pas. Les mécanismes du marché, propres à un système économique libéral (protégé par l'art. 31 Cst. féd.) sont ainsi indissociables de l'idée de la liberté de la presse et de la démocratie libérale.

Techniquement parlant, les concours entre les diverses sortes de libertés doivent se résoudre selon une même systématique. En raison des similitudes des critères de définition des aspects protégés par les libertés idéales d'une part, et par les libertés économiques d'autre part, il convient de présenter trois groupes de solutions de principe.

Nous aurons l'occasion, dans une quatrième partie de notre travail, de revenir sur quelques questions générales et méthodologiques. Nous essayerons à ce moment là de dégager des principes pour le traitement des cas de concours en droit suisse.

1) *GRISEL A., Juridiction, p. 225*

Chapitre 2 : LES RELATIONS DES LIBERTES IDEALES ENTRE ELLES

2.1 Quelques cas de concours apparents ¹

A l'origine du concours de libertés se trouve, comme nous l'avons vu,² la différence entre les critères de subsumption. Quelques-uns se trouvent dans un rapport de spécialité - généralité. La liberté d'opinion, par exemple, couvre toutes sortes de modes de les exprimer. Cependant, l'expression d'une opinion par voie de presse fait l'objet de la garantie de l'art. 55. L'expression d'opinions religieuses fait l'objet de la garantie de l'art. 49 Cst. féd.. Ces règles sont donc spéciales par rapport à la liberté d'opinion, et à son tour, la liberté de conscience et de croyance est spéciale par rapport à la liberté de la presse.

Ces quelques exemples illustrent ce qu'on pourrait appeler un concours de libertés apparent.³ Il importe d'étudier ces cas-là avant de procéder à une analyse des cas de concours proprement dits.

2.2 Les rapports entre la liberté religieuse et la liberté de la presse ⁴

Le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur les relations entre la garantie des art. 49 et 50 Cst. féd. d'une part, et celle de l'art. 55 Cst. féd. d'autre part. Il s'agissait de recours introduits par les membres d'une secte contestant la constitutionnalité d'interdictions de colporter des imprimés à contenu religieux ou de jugements pénaux pour critique excessive.

Le Tribunal fédéral a soumis les imprimés à contenu religieux aux restrictions admissibles au regard des art. 49/50 Cst. féd.. La conséquence était la suivante: Sous le régime de l'OJF de 1874, le Tribunal fédéral n'était pas compétent pour connaître de ces recours qui relevaient encore du Conseil fédéral. Puis, après la révision de l'OJF en 1893, le Tribunal fédéral est devenu compétent pour juger également des atteintes aux art. 49/50 Cst. féd.. De la réserve de l'ordre public figurant à l'art. 50 Cst. féd., il a déduit que la liberté religieuse n'était garantie que dans le cadre de la législation cantonale. «S'il est vrai que d'après la jurisprudence constante, l'art. 49 Cst. féd. garantit non seulement la liberté de conscience et de croyance, mais aussi celle d'exprimer des convictions religieuses et de se livrer à des actes de propagande, cette liberté est cependant limitée, comme celle de pratiquer un culte, par les nécessités de la vie sociale; elle ne peut s'exercer que dans le cadre de l'ordre public et des bonnes moeurs».⁵ Dans un arrêt concernant les «Etudiants de la Bible» de 1931, il est dit clairement que «le principe proclamé par l'art. 55 (liberté de

1) MORAND parle de «concours imparfait» (p. 29)

2) Cf. p. 31 ss

3) Pour éviter toute allusion au droit pénal nous utilisons le terme de **concours apparent** plutôt que celui de **concours imparfait**.

4) SALADIN, *Grundrechte*, p. 31 s

5) ATF 54 I 98, 102, Wolf et Mathey, du 16 mars 1928

la presse) se trouve, en matière religieuse, restreint par les principes plus spéciaux énoncés dans les art. 49/50, car ces dispositions spéciales ont le pas sur la règle générale». 1,2,3

2.3 Les rapports entre la liberté religieuse et la liberté d'association et de réunion ⁴

Le premier arrêt qui a trait aux rapports entre la liberté d'association et la liberté religieuse date de 1881. Une association religieuse avait organisé une collecte en faveur des victimes du glissement de terrain d'Elm. Punie d'une amende pour n'avoir pas requis une autorisation pour cette collecte, elle a recouru auprès du Tribunal fédéral pour violation de l'art. 56 Cst. féd.. Le Tribunal fédéral a constaté que le but de la collecte n'était pas principalement de faire de la propagande en faveur de l'association, et examina la question de savoir si la mesure était compatible avec l'art. 56 Cst. féd.⁵

En 1886, le Tribunal fédéral a jugé que les mesures prises par les autorités zurichoises contre les réunions de l'Armée du Salut étaient incompatibles avec la liberté d'association et de réunion, garantie par la constitution zurichoise.⁶ Une année plus tard, à nouveau à la suite de mesures prises contre l'Armée du Salut, le même tribunal se déclara incompétent pour arbitrer l'affaire qui lui paraissait relever de la compétence du Conseil fédéral. «Le droit au libre exercice d'un culte que revendiquent dès lors les recourants ne saurait être confondu avec le droit d'association et de réunion garanti par l'art. 56 Cst. féd. ... mais ressortit à la liberté de croyance et de conscience, comme partie intégrante et conséquence de ce droit, et en particulier à celui de la liberté des cultes, que la Constitution fédérale ... distingue expressément du droit d'association ...».⁷ Cette manière de voir a été maintenue dans la jurisprudence ultérieure du Tribunal fédéral.⁸

1) ATF 57 I 112, 119, Dame Christensen, du 15 mai 1931

2) Voir, outre les arrêts précités: ATF 50 I 369, 375, Internationale Vereinigung Erster Bibelforscher, du 10 juillet 1924; ATF 62 I 218, 222, Gross, du 20 juin 1936; ATF 58 I 219, 229, Nationale Front, du 30 septembre 1932

3) FISCHER, p. 170 s, considère qu'il n'y a pas de rapport de spécialité entre les art. 49/50 et 55 Cst. féd., citant l'ATF 34 I 254, 260, Bär, du 25 juin 1908

4) SALADIN, Grundrechte, p. 31 s

5) ATF 7, 663, 666 s, Simmen, du 30 décembre 1881

6) ATF 12, 93, 107 ss, Schaaf, du 20 février 1886

7) ATF 13, 6, 9, Gentil, du 5 mars 1887

8) ATF 15, 682, 689, Märki, du 29 novembre 1889; ATF 20, 274, 280, Comitato basileese per l'evangelizzazione del Ticino, du 21 juin 1894; ATF 49 I 138, 151, Vogel, du 3 mars 1923

2.4 Les rapports entre la liberté de la presse et la liberté d'opinion ¹

«Si le citoyen a la possibilité d'utiliser pour cela la presse, il est au bénéfice de l'art. 55 Cst., qui garantit la liberté de la presse, celle-ci apparaissant comme une forme de la liberté d'opinion qui fait partie du droit constitutionnel non écrit (cf. RO 96 I 224 et 592 c. 6 et, sur l'objet de la liberté de la presse en particulier, SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, pp. 48 ss).²» Le Tribunal fédéral a confirmé cette jurisprudence depuis lors.³ Ce n'est que dans un cas isolé qu'il a examiné, à la fois, les griefs tirés de la violation de la liberté de la presse et de la liberté d'opinion.⁴ Il nous semble cependant qu'il n'a pas créé une situation de concours entre les deux libertés. Il a pris en considération la jurisprudence relative à la liberté d'opinion pour mieux cerner le sens de la notion.

2.5 La liberté d'information ⁵

L'art. 10, ch. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit la liberté d'information. C'est le droit de recevoir des informations et de se renseigner à des sources généralement accessibles ou disponibles.⁶ En droit constitutionnel suisse, elle fait partie de la liberté d'opinion et de la liberté de la presse.⁷ Elle peut également faire partie, selon les circonstances, de la liberté d'association.⁸

2.6 La liberté d'association et la liberté d'opinion

«La liberté d'association ... est destinée à protéger la liberté d'opinion ...»⁹ Il s'en suit que la libre expression d'une opinion dans une association ¹⁰ est protégée par l'art. 56 quand c'est un membre de l'association qui s'exprime devant ses collègues. La liberté d'opinion inclut la liberté d'information. Une restriction inconstitutionnelle de la liberté d'opinion d'un orateur qui s'exprimerait devant une association léserait donc en même temps le droit des sociétaires de prendre connaissance de cette opinion.

1) FISCHER, p. 80 s; HIS, III, p. 557

2) ATF 98 I 73, 79 s Kellermüller, du 2 février 1972

3) ATF 104 Ia 88, 91, Schweizerische Journalisten Union, du 8 mars 1978; ATF Ballos, ZBI 78/1977, p. 357, 358, précité, et les arrêts cités à la p. 358; ATF du 16 mai 1979, Geissbühler, ZBI 81/1980, p. 35 ss

4) ATF 96 I 586, 592, Aleinick, précité

5) FISCHER, p. 81 ss; HIS, III, p. 559 ss; SALADIN, *Grundrechte*, p. 83 ss

6) ATF 104 Ia 88, 93, Schweizerische Journalisten Union, précité; ATF 104 Ia 377, 378, Verein Leserkampf, précité

7) ATF 104 Ia 88, 94, Schweizerische Journalisten Union, précité; ATF 104 Ia 377, 378, Verein Leserkampf, précité

8) Cf. ci-dessous 2,6

9) ATF 100 Ia 277, 286, Commune de Lens, du 22 février 1974

10) GRISEL A., *Juridiction*, rappelle que l'association même est une forme d'expression d'une opinion.

2.7 Manifestations sur le domaine public¹

Le Tribunal fédéral a eu à maintes reprises l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité des restrictions apportées aux manifestations sur le domaine public.² Après avoir laissé ouverte la question de savoir si la Constitution fédérale garantissait implicitement une liberté de manifestation, la cour a tranché en 1974 : il n'y a pas de liberté de manifestation.³ Les autorités ne sont toutefois pas libres d'interdire toute manifestation. Elles doivent respecter, outre l'interdiction de l'arbitraire et l'égalité de traitement, «le contenu spécifique des libertés touchées».⁴ Ces libertés sont, selon la jurisprudence récente, la liberté de réunion et la liberté d'opinion.⁵ Il n'y a pas de concours entre ces deux libertés. Le Tribunal fédéral tient compte des points de vue des deux libertés en même temps.⁶

Chapitre 3: LES LIBERTES IDEALES ET LES LIBERTES ECONOMIQUES⁷

3.1 Introduction

Les relations entre les libertés idéales et les libertés économiques ont fait l'objet de vives critiques. D'aucuns demandent une position privilégiée pour les libertés idéales,⁸ d'autres proposent même de dissocier la protection des libertés économiques de celle des libertés idéales. Le point de départ de ces discussions était généralement la restriction des libertés idéales par des mesures de la police économique.⁹ Nous nous proposons donc d'étudier en premier lieu cet ensemble de problèmes.

Ensuite se pose la question, d'importance moindre, de la défense des valeurs esthétiques. La liberté d'expression de l'architecte est très limitée par les règlements de construction. Faut-il en conclure que la liberté d'expression est soumise aux mêmes restrictions que la garantie de la propriété ?

1) RHINOW, *Demonstrationsfreiheit*; BOSSHARD, avec renvois à la doctrine

2) Voir l'étude de M. RHINOW, précitée

3) ATF 100 Ia 392, 400 s, Kaufmann, du 27 novembre 1974

4) ATF 100 Ia 392, 402, Kaufmann, précité

5) ATF 96 I 219, 224, Nöthiger und Pinkus, précité; 97 I 911, 913, Arnet, du 17 novembre 1971; 99 Ia 689, 693, Praz, du 11 juillet 1973; 100 Ia 392, 399, Kaufmann, précité; 103 Ia 310 ss, Unité jurassienne, précité

6) ATF 102 Ia 50, 54, Sozialdemokratische Partei der Stadt Zürich, du 4 février 1976. Dans cette affaire le TF examine la loi attaquée sous l'angle des droits politiques et constate: «Aus den durch ungeschriebenes Bundesrecht gewährleisteten Freiheitsrechten der Meinungsäusserung und der Veranstaltung von Versammlungen ergeben sich keine zusätzlichen Wertungsgesichtspunkte.».

7) SALADIN, *Grundrechte*, p. 275 ss; REHBINDER, p. 53 ss; HUBER, *Schutz*, et auteurs cités dans cet article

8) STALDER, *passim*; SALADIN, *Grundrechte*, p. 31 s, 277, 329

9) SALADIN, *Grundrechte*, p. 31 ss, 276

3.2 La protection des activités à but lucratif ¹

L'art. 31¹ Cst. féd. protège les activités à but lucratif contre des interventions de politique économique. Les restrictions justifiées par des motifs de police ou de politique sociale, par contre, sont admises. La doctrine a qualifié les mesures admissibles au regard de l'art. 31 Cst. féd. de mesures «de police économique», auxquelles elle ajoute aujourd'hui les mesures de politique sociale.

L'art. 31 protège une multitude d'activités dont le seul élément commun est la recherche d'un avantage matériel. Qu'un profit soit effectivement réalisé ou non importe peu.² Il est évident que le risque de concours est grand. En effet, dans notre société moderne, de plus en plus d'activités sont rémunérées et tombent donc virtuellement dans la sphère de protection de l'art. 31 Cst. féd.. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les activités ne soient protégées que par la liberté économique. D'une part, il y a des activités qui, bien que rémunérées, sont attribuées traditionnellement à une autre liberté. C'est le cas des activités en relation avec la presse. Les auteurs suisses-allemands parlent d'un «presserechtliches Verhältnis».³ D'autre part, il y a des activités où l'élément lucratif est considéré comme secondaire. C'est par exemple le cas pour un pasteur.

Cependant, là où l'élément lucratif est d'importance égale à l'élément de l'exercice d'une liberté idéale, le problème de la coexistence des libertés doit être résolu.

Nous nous permettons de reprendre la question de l'unité de traitement des activités protégées par une même liberté. Ou, en d'autres termes, la question de savoir si tous les comportements humains bénéficiant d'une liberté souffrent des mêmes restrictions.

On peut distinguer deux situations de base :

- La première est celle de la profession d'avocat. La représentation professionnelle devant nos tribunaux est une activité protégée par l'art. 31 Cst. féd.⁴ Dans l'exercice de son métier l'avocat doit se conformer à un certain nombre de règles⁵ ayant, entre autres effets, celui de restreindre sa liberté d'expression.⁶ A quel moment et à propos de quels sujets redevient-il libre d'exprimer son opinion ? La caractéristique de la situation de l'avocat est qu'il est difficile de

1) AUBERT, *Traité*, no. 1850 ss; **droits fondamentaux**, p. 7 ss; SALADIN, *Grundrechte*, p. 211 ss, notamment p. 234; WYSS, p. 1 ss

2) AUBERT, *Traité*, no. 1873

3) LANG, p. 38; ATF 35 I 693, 699, Borellini, du 2 décembre 1909

4) ATF 103 Ia 426, 431 c. 4b, X., du 19 octobre 1977

5) *Jurisprudence et doctrine* (SALZMANN, Wolfgang: *Das besondere Rechtsverhältnis zwischen Anwalt und Rechtsstaat*, thèse Fribourg, 1976) parlent d'un rapport de force spécial.

6) ATF 103 Ia 426, 431 c 4b, X., précité; ATF 98 Ia 56, 58, X., du 2 février 1972 et arrêts cités

dissocier la sphère professionnelle de la sphère privée, le comportement d'un avocat formant un tout vis-à-vis du public.¹ Il ne peut donc pas être appréhendé par la seule liberté économique.² Le Tribunal fédéral a tenu compte, dans certaines décisions, de cette situation particulière. Sans toujours le dire clairement, il a examiné certains comportements en prenant en considération des éléments de la liberté d'expression.³

- La deuxième situation nous retiendra plus longuement. Elle est illustrée par la censure du cinéma et les entraves au colportage des produits de la presse. Dans ces cas-là, un même comportement sert à la diffusion d'idées et à la réalisation d'un gain.

La doctrine part généralement de l'idée que les libertés protègent des activités humaines⁴ et qu'une activité ne peut pas être soumise à plusieurs dispositions en même temps. Pour opérer le choix nécessaire en cas de concours, elle tient compte de l'intensité des relations entre une liberté et le comportement en question (Critère de la «Bezugsstärke»).⁵

Nous avons vu que les garanties constitutionnelles protègent des aspects de l'épanouissement de la personnalité humaine.⁶ Les comportements humains correspondant à un de ces aspects sont dits protégés par une liberté. La nuance est importante. Car si un comportement correspond en même temps à plusieurs aspects protégés, il bénéficie de plusieurs garanties. Une mesure étatique pourrait donc être compatible avec une liberté et non pas avec une autre liberté concurrente.

Notre pensée n'est pas aussi révolutionnaire qu'elle peut paraître. Quelques exemples le démontreront. Rappelons encore que l'application du principe de la proportionnalité permettrait déjà d'éliminer un certain nombre de cas de concours. Le critère de la nécessité d'une mesure a pour conséquence d'éliminer des mesures qui, sans nécessité, restreindraient plusieurs aspects protégés au lieu d'un seul.

Pour la suite de notre raisonnement, nous nous écarterons, pendant un moment, de la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Car, aussi instructifs que soient ses arrêts, l'absence de décisions nous renseignera aussi bien sur l'idée générale qu'on se fait, en Suisse, des libertés individuelles.

1) ATF 103 Ia 426, 429 s, X., précité

2) MUELLER J. P. in ZBJV 115 (1979), p. 136 ad ATF 103 Ia 426, X.

3) ATF 103 Ia 426, X., c. 4 d, non publié; ATF du 6 juillet 1977, D., non publié, p. 17 ss, c. 4a

4) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 8, 27 s; SALADIN, *Grundrechte*, p. 234, 275 ss

5) GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, p. 67 ss; LANG, p. 34

6) Cf. p. 30

- Quelle autorité aurait eu l'idée de soumettre un orateur politique aux restrictions de politique sociale, admissibles au regard de l'art. 31 Cst. féd., pour le motif que l'orateur en question se faisait payer et que son activité était donc une activité lucrative, soumise à la liberté économique?
- Le secrétaire d'un parti politique ou le fonctionnaire d'un syndicat sont-ils soumis aux restrictions admissibles au regard de la liberté du commerce et de l'industrie?
- Un pasteur ou curé perd-il la protection des art. 49/50 Cst. féd. parce qu'il exerce un métier? ¹
- L'imprimeur pourra-t-il se soustraire aux directives de la CNA en invoquant la liberté de la presse? ²

Nous répondons **non** à toutes ces questions. Le bon sens des autorités et des particuliers nous donne la solution. Une activité n'est pas une fois pour toutes soumise à une seule liberté. Des aspects protégés par d'autres libertés n'excluent pas ipso facto l'application d'une liberté.

3.3 La Constitution a déjà fait son choix.

La concrétisation des garanties constitutionnelles est conditionnée par des contingences historiques. Certaines situations, comme celles du pasteur, de l'imprimeur, nous le montrent. Ces professions n'ont pas posé beaucoup de problèmes aux juristes. On peut considérer que le constituant avait créé une situation d'intérêts typiques, correspondant à la réalité sociale. L'importance du but lucratif n'est donc pas déterminante. Quid alors des sectes modernes, organisées sous la forme de sociétés commerciales et qui réalisent des profits considérables? Là aussi, le choix du constituant doit être respecté. Toutefois, il est des situations où la coexistence de deux libertés, religieuse et économique, permet de mieux appréhender la réalité de tels comportements.

D'une façon générale, nous pouvons constater que l'exercice des libertés idéales ne peut pas être restreint pour le motif que ces dernières constituent en même temps une activité lucrative. Parfois, la coexistence de plusieurs libertés permettra une solution correcte. Dans ces cas-là, il faut tenir compte du fait que le constituant lui-même a déjà pondéré l'importance de la poursuite d'un but lucratif.

Prenons l'exemple de la publicité d'une secte-entreprise commerciale: Ce qui se rapporte aux réunions à caractère religieux est protégé par les art. 49/50 Cst. féd.. Si ces réunions servent en même temps à la réalisation d'un bénéfice dépassant ce qui est normalement nécessaire au bon fonctionnement d'une telle organisation il nous paraît indiqué d'en avertir le public. Une telle charge ne violerait guère la liberté religieuse.

1) Cf. *l'obiter dictum* in ATF 38 I 484, 491, Rüetschi, *précité*

2) Cf. aussi AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 27

3.4 Les mesures de police économique

Les libertés peuvent être valablement restreintes par des lois générales, c'est ce que la doctrine appelle la réserve générale de l'ordre légal.¹ Les droits fondamentaux ne permettent pas de privilégier certaines personnes. Il va de soi que la loi générale doit respecter la Constitution, et donc respecter les libertés publiques. La réserve de l'ordre légal vaut surtout pour les cas où un petit nombre de citoyens essaieraient de se soustraire à une obligation générale.

Le Tribunal fédéral a constaté à plusieurs reprises que les mesures de police économique faisaient partie de l'ordre juridique général et ne violaient donc pas les libertés idéales.² Cette affirmation trouve sa raison d'être dans deux considérations: D'une part, le Tribunal fédéral ne jugeait incompatibles avec la liberté de la presse et la liberté religieuse que les mesures qui avaient été prises spécialement pour les restreindre. Il opposait à ces mesures de police spéciale les mesures de police générale. D'autre part, ce n'est qu'au regard de la liberté économique qu'il examinait si ces mesures de police générale étaient constitutionnelles ou non.

Nous avons vu que certaines justifications de mesures de police étaient opposables à toutes les libertés. Elles peuvent avoir, entre autres, le but de protéger la moralité publique. En cela les libertés idéales peuvent être touchées, car la moralité est un bien de police d'une part, et d'autre part elle est un des domaines qui peuvent faire l'objet de discussions protégées par les libertés idéales.

Pour déterminer si des mesures en vue de protéger la moralité sont compatibles avec la Constitution, il convient de considérer la motivation et le but de la protection des libertés idéales.

Le système de la démocratie libérale et pluraliste part de l'idée que ce n'est pas l'Etat qui doit juger si une opinion politique ou morale est juste ou fausse, bonne ou mauvaise. A cet effet, il protège la diffusion d'informations et d'opinions proprement dites contre des mesures préventives tendant à contrôler la formation et la circulation d'idées. La Constitution protège également contre des actes répressifs injustifiés.

Les cas dans lesquels la répression est licite sont énumérés par le droit pénal, et plus particulièrement par les dispositions du Code pénal suisse.³ La protection de la moralité publique fait donc l'objet de dispositions pénales. Celles-ci doivent guider les autorités lorsqu'elles adoptent des mesures. Compte tenu de l'importance du libre échange des idées dans une démocratie libérale, toute mesure préventive doit être considérée comme étant disproportionnée.⁴

1) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 18; SALADIN, *Grundrechte*, p. 285, p. 337 s, 362 ss, et sa critique

2) ATF 87 I 114, 117, *Sphinx-film*, précité

3) SALADIN, *Grundrechte*, p. 61

4) *La même chose vaut pour la liberté d'opinion des étrangers, bien qu'ils ne bénéficient pas de la protection du TF, en ce qui concerne les sujets en relation avec la vie politique suisse.*

La notion de **mesures de police économique** englobe des mesures couvertes par différentes justifications. Pour estimer la compatibilité de telles mesures avec les libertés idéales, il convient de faire des distinctions.

3.5 Le colportage des produits de la presse ¹

La soumission de certains modes de distribution des produits de la presse aux mesures de police économique date des débuts de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

3.5.1 L'arrêt König ²

Un des premiers arrêts date de 1887. M. König éditait un journal humoristique lors de certains marchés. Il le faisait vendre par des colporteurs. Il fut condamné parce qu'un de ses vendeurs n'avait pas de patente de colportage et contrevenait ainsi à la loi cantonale sur le colportage. Le Tribunal fédéral constata que l'exigence d'une patente n'avait pas pour but de limiter la liberté de la presse. Le fait que la patente était exigée non seulement pour le colportage des produits de la presse mais pour tout autre produit excluait, selon la Cour, que la mesure doive être considérée comme mesure «préventive» interdite par la liberté de la presse (art. 55 Cst. féd.).³

3.5.2 L'arrêt Arnold ⁴

Deux ans plus tard, en 1889, le Tribunal fédéral eut à juger une affaire bâloise semblable. Les autorités bâloises avaient refusé une patente de colportage à un journal satirique, pour un numéro déterminé. La raison du refus résidait dans ce que le journal contenait un article obscène.

Le Tribunal fédéral constate que la presse était soumise aux lois générales. Puis il dit qu'il était contraire à la liberté de la presse de contrôler de manière générale le contenu des imprimés devant être vendus par voie de colportage. Cependant, la police n'avait pas seulement le droit mais le devoir de refuser la patente pour le colportage de produits de la presse dont elle avait constaté le caractère obscène. La liberté de la presse exigeait, dans un tel cas, seulement que la décision de la police puisse être revue par un juge.

3.5.3 Quelques remarques concernant cette jurisprudence

Le Tribunal fédéral se basa, dans les arrêts précités, uniquement sur le texte de la loi, ne considérant pas l'application pratique qui en était faite. L'exigence de demander une patente pour chaque numéro du journal en question avait pour conséquence que la police connaissait le contenu de chaque

1) *HIS*, III p. 608 ss; *ZIMMERLI*, p. 71 ss

2) *ATF* 13, 258 ss, *König*, du 22 juillet 1887

3) *ATF* 13, 258, 261 s, *König*, précité

4) *ATF* 15, 535 ss, *Arnold*, du 12 juillet 1889

numéro. Son contrôle était en fait général. Notons encore que le recourant ne s'était pas fondé sur ces considérations dans son recours, ce qui permit au Tribunal fédéral de ne pas en tenir compte.

3.5.4 Suite de la jurisprudence

Plusieurs arrêts ont été rendus à la suite de mesures prises contre le colportage d'imprimés à caractère religieux. Ces mesures ont été basées sur différents types de lois, interdisant la mendicité¹ ou réglementant le colportage.² Le Tribunal fédéral a jugé arbitraire de qualifier la distribution d'imprimés religieux liée à une collecte de mendicité.³

Quatre ans plus tard, dans un autre canton, le même type d'activité a été qualifié de colportage et a donc été soumis à une autorisation préalable.⁴ Le Tribunal fédéral admet cette qualification. Il commence par examiner si l'activité en cause est bien la vente d'une marchandise. Dans une argumentation peu convaincante, il arrive à la conclusion qu'il n'est en tout cas pas arbitraire de l'admettre. «Il suit sans autre de la réserve de l'ordre public que la propagande religieuse est soumise aux règles qui régissent la forme d'activité dont elle se sert, en l'espèce du colportage d'imprimés, activité économique».⁵

Ainsi résumé, l'arrêt **Wilken** a servi de référence dans plusieurs arrêts postérieurs. Partant d'un cas d'espèce, le Tribunal fédéral a ainsi érigé la conclusion, juste dans les cas précédents, en règle générale. La suite de la jurisprudence est logique. Dès qu'une mesure peut être qualifiée de règle de police économique, elle est compatible avec la liberté idéale.

Quelques arrêts relatifs au colportage d'imprimés, ont la particularité que l'interdiction du colportage peut être justifiée par plusieurs motifs.⁷ Revenir sur cette question nous mènerait trop loin. Pour ce qui a trait à notre problème, il importe de se rappeler que le Tribunal fédéral n'a cessé de répéter qu'il s'agissait de mesures de police économique.

Le colportage peut être considéré comme une forme d'expression plus dangereuse pour l'ordre public que la simple vente d'un produit de la presse dans un magasin. L'interdiction ou la restriction sont à ce moment justifiées par des motifs de police généralement opposables à toutes les libertés et non par des motifs de police économique.

Le colportage comporte plusieurs risques d'ordre policier, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit du colportage de produits de la presse ou

1) ATF 35 I 685 ss, **Wilken**, du 17 novembre 1909

2) ATF 39 I 17, 23 s, **Wilken**, du 23 janvier 1913

3) ATF 35 I 685, 690 s, **Wilken**, précité

4) ATF 39 I 17 ss, **Wilken**, précité

5) ATF 50 I 369, 376, **Internationale Vereinigung Ernster Bibelforscher**, précité

6) P. ex.: ATF 50 I 369, 376, **Internationale Vereinigung Ernster Bibelforscher**, précité

7) Cf. p. ex.: ATF 54 I 98 ss, **Wolf et Mathey**, précité; ATF 50 I 369 ss, **Internationale Vereinigung Ernster Bibelforscher**, précité

d'autres marchandises. Le Tribunal fédéral y fait allusion dans certains arrêts. Il s'agit notamment des dangers provenant du fait que des personnes de réputation douteuse s'introduisent dans les maisons. L'octroi de patente ne doit pas, pour être conforme à la Constitution, dépendre d'une notion de bonnes mœurs qui tiendrait compte des opinions exprimées par le colporteur.

A la fin de l'évolution jurisprudentielle évoquée, nous trouvons deux arrêts qui montrent bien l'influence du manque de clarté dans la distinction entre mesures de police générale et mesures de police économique. Il s'agit des arrêts **Aleinick** et **Ballos**, que nous traiterons en détail.

3.5.5 L'arrêt Aleinick ¹

Dame Aleinick distribuait des tracts devant une usine genevoise. Elle a été punie d'une amende parce qu'elle ne se trouvait pas en possession d'une patente.

Le Tribunal fédéral a admis son recours de droit public et a donc annulé le jugement cantonal. Dans ses considérants, le Tribunal fédéral constate que le tract en question bénéficiait de la protection de la liberté de la presse. Il rappelle en outre que le colportage des produits de la presse est soumis aux règles de police économique, notamment à l'exigence d'une patente. La distribution en question constituait également un exercice de la liberté d'opinion. L'exercice de cette liberté sur la voie publique peut être subordonné à une autorisation préalable, s'il s'agit d'un usage commun accru. Tel n'était cependant pas le cas en l'espèce. L'exigence de l'autorisation préalable était donc contraire à la liberté d'opinion.

La motivation de cet arrêt montre bien les difficultés rencontrées par le Tribunal fédéral pour se séparer des règles jurisprudentielles consacrées. Car, bien que le Tribunal fédéral constate que la liberté de la presse est une règle spéciale (*lex specialis*) par rapport à la liberté d'opinion, il examine le grief tiré de la violation de la liberté d'opinion.² Cette manière de procéder lui a permis de ne pas se prononcer sur la question du colportage des produits de la presse en général. La question de l'application des mesures de police économique était d'autant plus délicate qu'en casu la distribution ne poursuivait pas de but lucratif. Le comportement ne tombait donc pas du tout dans la sphère de protection de la liberté du commerce et de l'industrie.

3.5.6 L'arrêt Ballos ³

Dame B. avait distribué un journal devant une usine bâloise. Le prix était de 50 centimes par exemplaire. Elle a été punie d'une amende de 50 francs pour ne pas avoir eu de patente de colportage.

1) ATF 96 I 586 ss, **Aleinick**, *précité*

2) ATF 96 I 586, 592, **Aleinick**, *précité*

3) ATF **Ballos**, ZBI 78/1977, p. 357 ss, *précité*

Le Tribunal fédéral constate que le journal en question était bien un produit de la presse, bénéficiant de la liberté de la presse. La vente d'un produit de la presse constitue, en outre, une activité commerciale soumise au régime de la police économique. Il examine ensuite si ces mesures de police économique trouvent une justification policière. Tel est bien le cas.

La soumission du colportage de journaux aux règles de police économique n'est, selon le Tribunal fédéral, pas arbitraire, mais elle est insatisfaisante. Le Tribunal fédéral admet le recours et juge l'amende excessive.

L'arrêt **Ballos** montre l'importance de la soumission du colportage des journaux aux règles dites de «police économique». L'application du principe de la proportionnalité donne des résultats différents, suivant que l'on se rapporte à la liberté d'opinion et de la presse ou à la liberté du commerce et de l'industrie.

Soumettre l'activité de Dame B. à la seule liberté de la presse aurait conduit le Tribunal fédéral à une solution semblable à celle de l'arrêt **Aleinick**.¹

L'exigence de l'autorisation préalable pour ce genre d'activité violait donc la liberté de la presse. Aussi, comme la Cour le constate, la patente de colportage restreint considérablement la liberté de la presse.²

Il est regrettable que le Tribunal fédéral n'ait pas su rectifier sa jurisprudence antérieure. Le fait d'avoir appelé des mesures de «police générale» mesures de «police économique» l'empêche de résoudre le cas d'une façon satisfaisante. Le Tribunal fédéral exprime bien ce qu'il considère comme étant cette solution.³

Il convient de remarquer que plusieurs arrêts sur le colportage auraient trouvé une même solution si le Tribunal fédéral avait raisonné clairement: D'une part, parce que certaines motivations étaient opposables aussi aux libertés idéales, et d'autre part, parce que l'utilisation du domaine public a été considérée jusqu'en 1975 comme étant une prestation positive de l'Etat. Or, les libertés individuelles ne donnent pas droit à une prestation positive de la part de l'Etat.

Dans son arrêt **R**,⁴ le Tribunal fédéral a fait un revirement de jurisprudence en ce sens que l'autorisation de l'usage commun accru du domaine public fut considérée comme une abstention de l'Etat, conséquence classique des libertés constitutionnelles.

La conclusion est claire: le colportage des produits de la presse est protégé par la liberté de la presse.⁵ Les limitations doivent être justifiées par des

1) ATF 96 I 586 ss, **Aleinick**, précité, cf. p. 47

2) ATF **Ballos**, ZBI 78/1977, p. 357, 359 ss; ATF **Geissbühler**, ZBI 81/1980, p. 35, 37 s

3) ATF **Ballos**, ZBI 78/1977, p. 357, 361;

4) ATF 101 Ia 473, 479 ss, **R**., du 8 octobre 1975

5) Confirmé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt **Geissbühler**, ZBI 81/1980, p. 35, 36 s, précité

motifs de police opposables à elle seule.¹ Rien n'empêche les autorités de tenir compte des risques inhérents au colportage. Pour être constitutionnelles, ces mesures doivent cependant tenir compte de la fonction et du contenu de la liberté de la presse.²

3.6 La censure des films cinématographiques ³

3.6.1 Introduction

Le problème de la censure des films cinématographiques se présente d'une façon analogue à celui du colportage des produits de la presse. Là aussi, liberté idéale et liberté du commerce et de l'industrie se trouvent en concours. Vu l'importance de la doctrine à ce sujet, nous nous limiterons à retracer l'évolution de la jurisprudence.

Il convient d'exclure de notre examen les décisions rendues sur recours contre l'interdiction de certains films jugés obscènes ou immoraux. Car, dans l'appréciation d'un film, l'autorité judiciaire (ou administrative) jouit d'une liberté d'examen appréciable. La répression des films obscènes n'est donc revue qu'avec une certaine retenue par le Tribunal fédéral. Il estime ne pas être une autorité de censure suprême.⁴

3.6.2 L'exploitation d'un cinéma est protégée par l'art. 31 CF

Un des premiers arrêts publiés traitant de la qualification de l'entreprise de cinéma date de 1911.⁵ Le Conseil fédéral cassa l'interdiction des autorités lucernoises d'exploiter un deuxième cinéma dans cette ville. En effet, il constata que l'exploitation d'une salle de cinéma était une activité professionnelle à but lucratif. La mesure prise était contraire à la liberté du commerce et de l'industrie, puisqu'elle était justifiée par des considérations économiques et non policières.

En 1912, le Tribunal fédéral devint compétent pour connaître des recours alléguant une violation de la liberté du commerce et de l'industrie. Il reprit la jurisprudence du Conseil fédéral⁶ et annula, en 1914, la décision des autorités neuchâteloises de fermer les cinémas.⁷ Cette jurisprudence a été confirmée par toute une série d'arrêts, ayant tous trait à des limitations de politique économique.⁸

- 1) *Le TF confirme dans son arrêt Geissbühler, ZBI 81/1980, p. 35, 37, la soumission aux règles de la police économique. «...an die Angemessenheit einer solchen gewerbe-polizeilichen Massnahme ist ein strenger Massstab anzulegen, da sie faktisch die Pressefreiheit beschränkt.»*
- 2) *Cf. ATF Geissbühler, ZBI 81/1980, p. 35, 37*
- 3) *VENANZONI, Grundrechtskonkurrenzen, p. 14 ss; Konkurrenz, p. 273 ss; FISCHER, p. 110 ss; PERRET, p. 42 ss; SALADIN, Grundrechte, p. 76, 80 ss, 275 s*
- 4) *ATF Filmklub Luzern (II), ZBI 64/1963, p. 363, 366, précité*
- 5) *ACF du 10 février 1911, Hofmann, in: FF 1911, III p. 979, 982 ss*
- 6) *ATF 38 I 435, 439, SA du cinéma théâtre central, du 27 septembre 1912*
- 7) *ATF 40 I 479, 480, Held, du 19 novembre 1914*
- 8) *ATF 41 I 40 ss, Siegfried et Roth de Markus, du 5 février 1915; ATF 49 I 87 ss, Wyler, du 17 février 1923; ATF 50 I 168 ss, Nell, du 11 avril 1924. Pour plus de détails: PERRET, p. 42 ss; VENANZONI, Grundrechtskonkurrenzen, p. 15 ss*

3.6.3 Recours dirigés contre la censure préventive

En 1918 déjà, le Tribunal fédéral eut à se prononcer sur la constitutionnalité de la censure préventive. Dans l'arrêt **Burckhardt** ¹ il contesta que le film puisse servir de moyen d'expression d'une opinion. «Les représentations cinématographiques ne servent nullement à l'expression, la diffusion ou la défense d'enseignements, d'opinions relevant de la morale, du droit ou de la politique. Le spectateur moyen assiste à la reproduction de ce que le film a enregistré. C'est la représentation perceptible de scènes animées extérieures, non l'expression d'opinions ou la communication d'idées ou de pensées».²

Dans les arrêts **Sphinx Film**³ et **Filmklub Luzern I** ⁴ et **II** ⁵ le Tribunal fédéral changea de position, reconnaissant que le film pouvait servir de moyen d'expression d'opinions, sans pour autant en tirer des conclusions. Etant donné que l'exploitation d'un cinéma est protégée par l'art. 31 Cst. féd., elle doit se soumettre aux mesures de police économique. Dans l'arrêt **Sphinx Film**, le Tribunal fédéral qualifia les mesures de police économique de mesures de police opposables à toutes les libertés.⁶

Nous avons déjà montré que cette assimilation des mesures de police économique aux mesures de police opposables à toutes les libertés est fautive.⁷ Car, comme dans la question du colportage des produits de la presse, il convient de distinguer entre les mesures de police économique ayant pour but de protéger la morale publique et les autres mesures. La liberté d'opinion protège également les opinions se rapportant à la morale.⁸ La morale publique est donc en même temps :

- un objet protégé contre les ingérences de l'Etat;
- un bien de police protégé par l'Etat.

La plupart des arrêts publiés récents ont traité la censure de films à contenu «obscène». La diffusion de telles opinions est réprimée par le Code pénal suisse. Les cantons devraient donc s'inspirer de la portée donnée à la notion d'«obscène» par les tribunaux pénaux.

La situation de concours entre la liberté du commerce et de l'industrie d'une part et, d'autre part, la liberté d'opinion, participe de plusieurs considérations :

1) ATF Burckhardt, non publié, cité à la N. 2 p. 35

2) ATF Burckhardt, p. 10; non publié, précité; cf. aussi PERRET, p. 43

3) ATF 81 I 114 ss, Sphinx Film, précité

4) ATF 87 I 275 ss, Filmklub Luzern (I), précité

5) ATF Filmklub Luzern (II), ZBI 64/1963, p. 363 ss, précité

6) ATF 87 I 114, 117, Sphinx Film, précité; VENANZONI, Grundrechtskonkurrenzen, p. 21

7) Cf. p. 44 s

8) P. ex.: ATF Burckhardt, non publié, précité (N. 2 p. 35)

- de l'idée qu'une activité peut être qualifiée, une fois pour toutes, d'activité économique;¹
- de la définition de la notion d'opinion et de la reconnaissance que le film puisse exprimer de telles opinions;
- du fait que les recours étaient dirigés contre des interdictions de films qui lésaient probablement le bien de police de la moralité publique.

3.6.4 L'arrêt Ernst ²

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de se prononcer sur certaines mesures prises lors de la projection d'un film comme instrument de propagande. L'activité des recourants ne pouvait pas être qualifiée d'activité lucrative. Le Tribunal fédéral a donc jugé l'affaire sous l'angle de la liberté d'opinion et annulé les mesures restrictives prises par les autorités fribourgeoises.

Cet arrêt prend également en considération le but poursuivi par les personnes organisant la projection. D'une façon analogue à la liberté d'opinion en général, le but immédiat, lucratif, ne devrait pas être pris comme unique critère de subsumption. La solution adéquate partira de la coexistence des libertés économique et d'opinion. Le juge tiendra compte, dans sa pesée des intérêts, du fait que l'expression d'opinion par le moyen du film dépend du financement au moyen du prix d'entrée. Un raisonnement analogue à la situation de la presse permettra de respecter le sens de la Constitution.

3.6.5 Conclusion

La soumission de la projection des films à l'art. 31 Cst. féd. est la conséquence d'une jurisprudence qui n'a pas toujours su distinguer clairement entre les mesures de la police générale et celles de la police touchant spécifiquement au domaine de la liberté d'opinion. On peut heureusement constater que le Tribunal fédéral s'est montré ouvert dans un arrêt concernant la projection gratuite d'un film. Sans changer radicalement sa jurisprudence, le Tribunal fédéral devrait cependant nuancer ses considérants.

3.7 La liberté artistique et la garantie de la propriété ³

Le droit suisse ne garantit pas expressément la liberté artistique. La doctrine et la jurisprudence s'accordent toutefois à traiter sous l'angle de la liberté d'opinion les restrictions apportées à la production artistique. L'activité d'un architecte, en ce qu'elle constitue l'exercice de la liberté artistique, se voit confrontée aux divers règlements de construction. La sauvegarde des valeurs esthétiques et des monuments et sites s'oppose à la libre création de l'architecte.

1) ATF 50 I 168, 173 c. 2, *Nell*, précité

2) ATF 101 Ia 252 ss, *Ernst*, précité

3) AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 27 s; BAEGGLI, *passim*

Comment faut-il traiter ces cas-là? L'architecte se trouve virtuellement dans la sphère de protection de trois libertés:

- la liberté du commerce et de l'industrie puisque son activité a un but lucratif;
- La liberté d'opinion parce que son activité est créatrice;
- la garantie de la propriété, son travail se rapportant aux objets de protection de cette dernière.

La coexistence de la garantie de la propriété et de la liberté d'opinion guidera les autorités dans l'application des lois. Il faut toutefois convenir que la matière est difficilement justiciable. Comme la décision dépendra très souvent d'un ensemble de circonstances locales, il est probable que le Tribunal fédéral ne jugera que sous l'angle restreint de l'arbitraire. Là, la prise en considération des valeurs protégées par la liberté d'opinion permettra de faire le choix entre les arguments pertinents et ceux qui doivent être considérés comme étant arbitraires.

Chapitre 4: LES RELATIONS ENTRE LA GARANTIE DE LA PROPRIÉTÉ ET LA LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

4.1 Introduction

Nombreux sont les auteurs qui se sont penchés sur les relations entre les art. 22ter et 31 de la Constitution fédérale.¹ La plupart de ces travaux s'efforcent de définir les champs d'application des deux droits fondamentaux et de les différencier l'un de l'autre. Tâche importante en vue d'une application correcte du droit constitutionnel, mais insuffisante, comme nous le verrons, à trancher un certain nombre de cas de concours.

La liberté économique et la garantie de la propriété se trouvent dans une relation spéciale.² L'une et l'autre sont des conditions nécessaires à un système économique de marché. Une atteinte grave à l'une de ces libertés a donc nécessairement des influences sur l'autre.

Quoique la garantie de la propriété protège aussi les biens mobiliers,³ voire les droits acquis,⁴ législateur et jurisprudence se sont occupés de la réglementation de la propriété immobilière avant tout. L'aménagement du territoire, dans un sens large, pose de nombreux problèmes.

1) ZIMMERMANN, et auteurs cités par lui p. VII ss; HESS

2) Cf. ZIMMERMANN, p. 40 ss

3) ATF 93 I 708, 711, *Société suisse des maîtres imprimeurs*, du 14 novembre 1967

4) ATF 96 I 718, 727, *Grossert*, du 25 novembre 1970; ATF 101 Ia 443, 447, *Schweizerischer Verband des Personals öffentlicher Dienste*, du 19 novembre 1975., RHINOW René, *Wohlerworbene und vertragliche Rechte im öffentlichen Recht*, ZBI 80 (1979) p. 1 ss.

Nous n'avons pas la prétention de les résoudre dans le cadre de notre travail, car les impératifs de la technique de l'aménagement du territoire influent autant que le droit sur les solutions retenues. Notre but est plus modeste et plus général en même temps : démontrer que les cas de concours entre la garantie de la propriété et la liberté du commerce et de l'industrie peuvent être résolus en tenant compte des divers aspects en cause.

4.2 La relation entre la garantie de la propriété et la liberté économique dans la jurisprudence du Tribunal fédéral

La jurisprudence du Tribunal fédéral relative au concours entre les art. 22 ter et 31 de la Constitution fédérale s'est nettement développée dans le sens d'une vue globale des libertés telle que nous l'avons postulée. Cependant, le Tribunal fédéral ne s'est pas encore affranchi de certaines vues provenant de sa jurisprudence antérieure.

Nous avons choisi trois arrêts pour illustrer le développement de la jurisprudence depuis 1973.

4.2.1 L'arrêt Righi ¹

M. Righi, entrepreneur genevois, demanda au Conseil d'Etat genevois l'autorisation de construire deux blocs d'habitation. A cet effet, un déclassement de la zone de construction eût été nécessaire. Une loi cantonale soumet les autorisations, en cas de déclassement dans de telles zones, à plusieurs conditions, notamment à la construction de logements à loyer modéré et à la soumission de ces loyers à un contrôle.

Le Conseil d'Etat invita donc M. Righi à se conformer à ces prescriptions. M. Righi recourut contre cette décision au Tribunal fédéral. Il alléguait la violation des art. 22ter et 31 Cst. féd.. Son recours de droit public fut rejeté.

Le Tribunal fédéral commence par rappeler sa jurisprudence concernant la compatibilité des mesures tendant à combattre la pénurie de logements avec la garantie de la propriété. Il constate que de telles mesures d'aménagement du territoire «tendent à assurer les meilleures possibilités de développement pour l'individu et la société et, à cet effet, elles imposent une certaine manière de construire les bâtiments et d'utiliser le sol, ce qui, par voie de conséquence, signifie que ce n'est pas seulement la construction comme telle qui est réglementée, mais aussi son utilisation subséquente».²

Ensuite, le Tribunal fédéral rejette le grief d'une violation de la liberté économique. Tout d'abord, la Cour estime que la loi ne restreint pas l'accès à une activité économique déterminée et qu'elle n'a pas pour effet de diriger la «production» des logements. Cependant, «toutes les mesures de planification territoriale comportent une restriction de la liberté économique du pro-

1) ATF 99 Ia 604 ss, **Righi**, *précité*

2) ATF 99 Ia 604, 617, **Righi**, *précité*

priétaire. Mais celle-ci n'est garantie que sous réserve des dispositions restrictives de la Constitution et de la législation qui en découle (art. 31 al. 1 Cst. féd.), et cette réserve s'étend aux art. 22ter al. 2 et 22quater Cst. féd.. Les différentes normes constitutionnelles doivent être coordonnées, à moins que le constituant lui-même n'ait institué un ordre hiérarchique déterminé. Le problème des rapports entre les mesures d'aménagement et l'art. 31 est en définitive plus apparent que réel. Si de telles mesures portaient atteinte à la libre concurrence pour assurer ou favoriser certaines branches de l'économie ou certaines formes d'exploitation, et tendaient à diriger, par le biais de l'aménagement du territoire, l'activité économique selon un certain plan (cf. RO 97 I 504),¹ elles s'écarteraient des objectifs prévus par l'art. 22quater Cst. féd. et partant, violeraient la garantie de la propriété elle-même (art. 22ter Cst. féd.) en même temps que l'art. 31 Cst. féd.. Mais, tant qu'elles se tiennent dans une relation suffisamment étroite avec ses objectifs — ce qui est incontestablement le cas en l'espèce — l'atteinte portée à la liberté économique du propriétaire doit être réputée acceptée par le constituant. Sans doute, l'exception ne doit-elle pas vider la règle de sa substance».²

Aussi le contrôle des loyers tient, selon le Tribunal fédéral, au regard de l'art. 31 Cst. féd.. «En tant qu'elle est indispensable pour assurer le plein effet de mesures d'aménagement du territoire conformes aux art. 22ter et 22quater Cst., la norme critiquée peut valablement restreindre la liberté du commerce et de l'industrie».³

4.2.2 Remarques critiques

L'argumentation du Tribunal fédéral dans cette cause nous paraît peu satisfaisante. Certes, nous admettons le résultat, c'est-à-dire le contrôle du loyer dans cette situation. Mais plusieurs arguments développés nécessitent des commentaires.

- Loin d'être convaincante, l'argumentation du Tribunal fédéral est contradictoire. On ne voit guère comment des mesures qui «imposent une certaine manière de construire les bâtiments et d'utiliser le sol»⁴ n'ont «en aucune façon pour but ni pour effet ... de diriger la «production» de logements dans une direction définie».⁵ Ce serait simplement nier l'utilité même de ces dispositions et par conséquent leur proportionnalité!
- L'idée que l'Etat puisse limiter les libertés constitutionnelles pour «assurer les meilleures possibilités de développement pour l'individu

1) ATF 97 I 499 ss, *Griessen*, précité

2) ATF 99 Ia 604, 617 s, *Righi*, précité

3) ATF 99 Ia 604, 621, *Righi*, précité

4) ATF 99 Ia 604, 617, *Righi*, précité

5) ATF 99 Ia 604, 617 c. d, *Righi*, précité

et la société»¹ est tout-à-fait contraire à l'esprit et la raison d'être des droits constitutionnels. Dans l'expression générale qu'elle a trouvé dans cet arrêt, l'affirmation du Tribunal fédéral ne se concilie plus avec l'idée des libertés garanties, idéales ou matérielles. Les succès douteux des efforts allant dans le même sens dans les démocraties populaires socialistes sont là pour nous le rappeler!

- Quand le Tribunal fédéral prétend que «le problème des rapports entre les mesures d'aménagement et l'art. 31 Cst. féd. est en définitive plus apparent que réel»,² il méconnaît les différences considérables entre les limitations admises. Il est vrai que la Cour postule la coordination et non la subordination des normes constitutionnelles et qu'elle en tire la conclusion que l'art. 22quater limite valablement les autres normes constitutionnelles. Seulement, le jugement ne s'y tient pas, car il repose pratiquement sur une subordination de l'art. 31 aux art. 22ter et 22quater Cst. féd..³

C'est d'autant plus regrettable que, indépendamment de la question de savoir si l'art. 22quater permet de limiter l'art. 31, les mesures de politique sociale sont compatibles avec la liberté économique. En faisant plus que ce qui eût été nécessaire, le Tribunal fédéral a remis en question le principe même des libertés constitutionnelles.

4.2.3 L'arrêt *Globus*⁴

Le parlement du canton de Bâle-Campagne légiféra sur la constitution de nouvelles surfaces de vente. Celles-ci ne devaient pas dépasser 8'000 m², elles devaient être adaptées au plan d'aménagement et aux besoins du site. A partir d'une surface de vente de 3'000 m², le centre devait en outre être facilement accessible par le moyen des transports publics.

Plusieurs grands magasins ainsi que quelques propriétaires de terrains sur lesquels des centres d'achats auraient dû être construits interjetèrent des recours de droit public. Ils alléguèrent notamment la violation des art. 22ter et 31 Cst. féd.. Le Tribunal fédéral rejeta les recours. Nous nous intéresserons seulement aux considérants traitant des art. 22ter et 31 Cst. féd.

Le Tribunal fédéral examine la réglementation attaquée aussi bien sous l'aspect de la garantie de la propriété que sous celui de la liberté du commerce et de l'industrie, car, «la décision attaquée ne touche pas seulement la garantie de la propriété, mais dans une mesure plus considérable la liberté du commerce et de l'industrie.»⁵

1) ATF 99 Ia 604, 617, *Righi*, précité

2) ATF 99 Ia 604, 618, *Righi*, précité

3) Cf. p. 59 ss

4) ATF 102 Ia 104 ss, *Globus*, précité; *Commentaire de M. MUELLER J.P. in ZBJV 114 (1978), p. 49 ss*

5) ATF 102 Ia 104, 113 c. 3, *Globus*, précité

La garantie de la propriété limite tout d'abord les mesures de planification. «Cela ne signifie cependant pas que des mesures restreignant la propriété soient soustraites aux règles protégeant d'autres droits fondamentaux. Si de telles mesures touchent, outre la garantie de la propriété, d'autres libertés d'une manière spécifique, soit en général, soit du point de vue de quelques personnes touchées, les limitations et les critères de jugement supplémentaires qui s'y rapportent doivent être pris en considération lors de l'examen de leur constitutionnalité.»¹

La Cour constate que les exigences de la base légale et de la proportionnalité valaient également pour les deux droits fondamentaux. Il y a cependant une différence en ce qui concerne l'intérêt public pouvant justifier une intervention. Se fondant sur l'arrêt **Righi**, le Tribunal fédéral rappelle que les conséquences de politique économique sont compatibles avec l'art. 31 Cst. féd. tant et pour autant que les mesures sont nécessaires à l'aménagement du territoire et qu'elles restent dans les limites de l'art. 22quater. «Il y a violation de l'art. 31 Cst. (et indirectement aussi de l'art. 22ter Cst., comp. RO 99 la 618) quand une mesure restreignant la propriété a pour but, sous le couvert de l'aménagement du territoire, soit d'intervenir dans la concurrence économique, soit de protéger de la libre concurrence certaines branches de l'économie ou certaines formes d'exploitation, soit encore pour en assurer l'existence (RO 99 la 618; 98 la 400; 97 I 504; 66 I 23 ss). Mise à part l'interdiction des mesures de politique économique camouflées, l'activité économique ne doit pas être limitée par des mesures d'aménagement du territoire plus qu'il n'est nécessaire pour assurer un aménagement raisonnable. Si une mesure cantonale d'aménagement, bien que couverte par l'art. 22quater, avait involontairement des effets secondaires graves, touchant à l'économie et à la politique, il conviendrait de peser les intérêts pour examiner si le but d'aménagement du territoire a le poids nécessaire pour justifier ces désavantages.»²

La construction de centres d'achats pose nombre de problèmes, tant du point de vue de la police des constructions que du point de vue de l'aménagement du territoire. Le Tribunal fédéral admet que des réglementations spéciales tendent à assurer la viabilité des centres d'habitation existants, notamment ceux qui sont d'un intérêt historique.³

De même, le souci d'assurer une décentralisation minimale de la distribution des biens de consommation légitime une intervention étatique «même si elle a pour effet secondaire de protéger le commerce existant contre la libre concurrence».⁴ Le but primaire doit être de politique sociale et non de politique économique.

1) ATF 102 la 104, 113 s, **Globus**, précité

2) ATF 102 la 104, 116, **Globus**, précité

3) ATF 102 la 104, 117, **Globus**, précité

4) ATF 102 la 104, 117, **Globus**, précité

Examinant les différentes dispositions du décret attaqué, le Tribunal fédéral rappelle qu'il ne doit pas servir à interdire d'une manière générale les centres d'achats. La Cour tient cependant compte du caractère provisoire de la réglementation ainsi que des possibilités de l'appliquer d'une manière conforme à la Constitution. L'application ne doit pas avoir pour but principal la protection du moyen et petit commerce.¹

4.2.4 Remarques critiques

- Bien que l'arrêt **Righi** soit largement cité, la décision est plus nuancée. Le Tribunal fédéral renonce à soutenir que toute intervention justifiée au regard des art. 22ter et 22quater Cst. féd. le soit également au regard de l'art. 31 Cst. féd..
- Le concours entre les deux libertés doit être résolu en pesant les intérêts en cause, en appliquant le principe de la proportionnalité **stricto sensu**, ce qui semble échapper au rédacteur de l'arrêt quand il écrit que, du point de vue de la proportionnalité, il n'y a pas de différence entre les art. 22 ter et 31 Cst. féd..
- Il convient enfin d'insister sur les particularités du recours de droit public dirigé contre un acte législatif. En effet, dans la procédure du contrôle abstrait de normes, le Tribunal fédéral admettra une réglementation tant qu'elle est susceptible d'une interprétation conforme à la Constitution. Lors de l'examen des dispositions attaquées dans cette espèce, la Cour a essayé de les interpréter de cette façon-là. En outre, l'acte attaqué étant de durée limitée, cette manière de faire se justifie. Rejetant le recours «au sens des considérants», le Tribunal fédéral a bien marqué ses réserves contre une politique qui tendrait à protéger sans raisons impérieuses le petit commerce contre la libre concurrence.

4.2.5 L'arrêt Buess²

Une loi neuchâteloise de 1976 sur la viticulture prévoit un certain nombre de restrictions, notamment l'obligation de cultiver les vignes sur les terrains assujettis à la loi et l'interdiction de toute construction à des fins étrangères à la viticulture. La maison «Buess, Weinhandel & Weinbau AG» forma un recours de droit public contre cette loi, se basant notamment sur les art. 22ter et 31 Cst. féd..

Le Tribunal fédéral commença par examiner si la loi attaquée était compatible avec la garantie de la propriété. La base légale n'étant pas contestée, il s'agissait de savoir si la loi satisfaisait aux exigences de l'intérêt public et du principe de la proportionnalité. Tel était bien le cas en l'espèce.

1) ATF 102 Ia 104, 121, **Globus**, précité

2) ATF 103 Ia 586 ss, **Buess**, du 6 juillet 1977

Après avoir examiné le grief tiré d'une violation de la garantie de la propriété, la Cour se prononça sur celui tiré de l'art. 31 Cst. féd.. A vrai dire, la recourante s'était encore plainte d'une violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral. Le Tribunal fédéral rejeta ce moyen qui n'a d'ailleurs pas d'influence sur le problème du concours.

Confirmant la jurisprudence des arrêts **Righi** et **Globus**, la Cour déclare que les libertés doivent être coordonnées. Elle en tire la conclusion «qu'il y a lieu d'examiner si les dispositions cantonales incriminées violent aussi d'autres dispositions constitutionnelles limitant le pouvoir d'intervention des cantons». ¹ Pour le Tribunal fédéral, la différence entre la protection accordée par l'art. 22ter Cst. féd. et celle de l'art. 31 Cst. féd. réside uniquement dans l'intérêt public qui pouvait justifier une intervention. La liberté du commerce et de l'industrie n'est pas violée en l'espèce, vu que les dispositions incriminées n'interviennent pas dans la libre concurrence. «Elle (la loi) ne fait qu'assurer aux viticulteurs les conditions nécessaires à un rendement optimum de leurs cultures, ce qui est un objectif parfaitement légitime de l'aménagement du territoire. ... Dans le cadre du contrôle abstrait des normes, le grief de violation de l'art. 31 Cst. féd. se révèle donc mal fondé». ²

4.2.6 Remarques critiques

Le Tribunal fédéral semble préciser sa jurisprudence relative à la solution des cas de concours entre plusieurs libertés en ce sens que les dispositions incriminées doivent être compatibles avec tous les droits fondamentaux qu'elles touchent. L'arrêt ne dit plus que l'art. 22quater est une limite générale de la liberté du commerce et de l'industrie. La Cour n'a cependant pas tiré de conséquences en l'espèce. Cela s'explique pour différentes raisons :

- La viticulture est une branche économique régie par des dispositions basées sur l'art. 31 bis al. 3 lettre b. Le «statut du vin» donne le cadre de ces dispositions. Il y a donc déjà un régime économique particulier pour la viticulture. ³
- Le recours tendant au contrôle abstrait de normes permet au Tribunal fédéral de maintenir une réglementation qui est susceptible d'une interprétation conforme à la Constitution. Dans l'arrêt **Buess**, la Cour a indiqué que certaines applications possibles pourraient se révéler contraires à l'art. 31 Cst. féd..
- Comme dans l'arrêt **Globus** déjà, le Tribunal fédéral ne voit de différence entre les limites des art. 22ter et 31 Cst. féd. qu'en ce qui concerne l'intérêt public.

1) ATF 103 Ia 586, 592, **Buess**, précité

2) ATF 103 Ia 586, 593, **Buess**, précité

3) La réglementation fédérale vise un but opposé à celui de la loi neuchâteloise, c'est-à-dire la limitation des vignes.

Cette manière de voir ne nous paraît pas très judicieuse. En effet, si les deux libertés ne peuvent être restreintes que par des mesures proportionnelles, l'application de ce principe met en balance les intérêts à l'exécution des mesures et ceux du recourant à la liberté. Or les valeurs à prendre en considération lors de cette pesée des intérêts diffèrent selon la liberté impliquée. La différence dans l'exigence de l'intérêt public entraîne donc ipso facto une différence en ce qui concerne le principe de la proportionnalité.¹

4.3 La relation entre les art. 22ter et 31 Cst. féd. du point de vue dogmatique

4.3.1 Introduction

Trois questions conditionnent la solution du concours entre les art. 22ter et 31 Cst. féd.. Nous les traiterons dans les chapitres suivants. La coordination des libertés et l'application du principe de la proportionnalité sont des problèmes communs à toutes les relations entre libertés, donc aussi aux relations entre les libertés matérielles et idéales.² Le problème de la portée de l'art. 22quater, en revanche, est propre à la relation entre l'art. 22ter et l'art. 31 Cst. féd..

4.3.2 La coordination des libertés

Pendant longtemps, le Tribunal fédéral jugeait les recours dirigés contre une mesure étatique en fonction d'une seule liberté. Il se servait alors du critère de la connexité (*Sachbezogenheit*) pour déterminer la norme applicable. L'arrêt **Righi** inaugure une nouvelle tendance. En effet, la Cour admet dans cette décision que d'autres règles constitutionnelles peuvent influencer le sort d'un recours. L'argumentation consiste alors à nier une prétendue supériorité de l'art. 31 Cst. féd. sur l'art. 22ter Cst. féd.. Cette jurisprudence a été confirmée par les arrêts **Globus** et **Buess**.³

La question de la coordination des libertés est également abordée par des théories telles que celles des «preferred freedoms»⁴ ou celle des valeurs.⁵ C'est en effet la question incidente la plus importante en ce qui concerne le problème du concours de libertés.

L'étude de cette question est rendue difficile par les particularités de l'«interprétation» des règles constitutionnelles. S'agissant d'une concrétisation plutôt que d'une interprétation,⁶ le domaine du droit des libertés constitutionnelles est surtout casuistique. Or, si l'on change une des bases de la juris

1) *Le critère de jugement de la libre concurrence est propre à l'art. 31. Il s'ajoute donc, en cas d'application des deux normes – 22ter et 31 –, aux critères communs.*

2) *Cf. MUELLER J.P., in ZBJV 114 (1978), p. 49, 50*

3) *Cf. p. 55 ss*

4) *STALDER*

5) *P. ex.: SALADIN, Grundrechte, p. 457 ss*

6) *Cf. p. 21 s*

prudence établie, la reprise de solutions datant d'avant le changement n'est pas toujours possible.¹ La jurisprudence du Tribunal fédéral n'a cependant pas changé en ce qui concerne le principe même de l'égalité entre les différentes règles constitutionnelles. Ce qui a changé, c'est l'application du principe aux cas d'espèce, la conclusion que les juges ont tiré de cette égalité. A la différence de la Constitution allemande (Grundgesetz), la Constitution fédérale ne contient pas de catalogue systématique des libertés et autres droits fondamentaux. Elles sont éparpillées dans la Constitution et la place des articles qui les garantissent ne saurait nous servir de base pour une hiérarchie des valeurs. Une autre considération pratique s'y oppose également. Un certain nombre de libertés ne sont en effet garanties que par le droit non écrit. «Elles sont la condition nécessaire à l'exercice des autres libertés.»²

Plusieurs auteurs ont tenté de démontrer que les garanties constitutionnelles étaient fondées sur une valeur centrale. M. Z. GIACOMETTI voyait ce fondement dans l'idée du libéralisme.³ Ses théories ont eu un grand écho dans la doctrine, sans pour autant être reçues par le Tribunal fédéral.

Sous l'influence de certaines théories allemandes, d'autres auteurs ont cherché un système de valeurs fondé sur la dignité humaine.⁴

Nous n'entrerons pas dans cette discussion doctrinale. Certes, notre constitution a un caractère libéral, et les libertés protègent la dignité humaine.⁵ Mais ces affirmations n'impliquent nullement une hiérarchie des valeurs. Libéralisme et dignité humaine sont deux concepts qui, se trouvant à la base de notre constitution, peuvent et doivent guider le juge, mais ne lui fournissent que rarement des solutions concrètes.

En l'absence d'une hiérarchie des valeurs, exprimée clairement par le constituant, les règles se trouvent donc sur un pied d'égalité. Il n'y a pas de libertés de première et de deuxième classe en Suisse.

Egalité des libertés entre elles ne signifie toutefois pas qu'elles soient sujettes aux mêmes restrictions, ni qu'elles soient traitées de la même façon procédurale. Cela peut paraître contradictoire, mais ne l'est cependant pas. Comme nous le verrons, coordination ne signifie pas nivellement. Cela veut dire simplement que le juge ne peut pas préférer une liberté à une autre sans raison valable. Le principe de l'égalité entre les différentes libertés a pour conséquence qu'une liberté peut aussi déployer ses effets dans un domaine qui est principalement du ressort d'une autre liberté. Le Tribunal fédéral admet donc le principe de la coexistence des libertés. Le principe de la coordination n'indique pas pour autant comment il faut procéder en cas de coexistence de libertés.

1) Voir les difficultés du TF dans les causes **Ballos et Geissbühler**, précités

2) Cf. p. ex.: ATF 96 I 219, 224, **Nötiger und Pinkus**, précité

3) **GIACOMETTI**, *Kodifikation*, *passim*

4) **MASTRONARDI**

5) Cf. p. ex.: ATF 102 Ia 279, 283, **Minelli**, du 30 juin 1976;
ATF 102 Ia 302, 304, **Krause**, du 17 août 1976

4.3.3 L'application du principe de la proportionnalité ¹

Le principe de la proportionnalité s'applique à toutes les mesures qui restreignent des libertés. C'est ce que le Tribunal fédéral réaffirme dans sa jurisprudence sur la liberté du commerce et de l'industrie et sur la garantie de la propriété. Il convient cependant d'apporter quelques précisions : le principe de la proportionnalité exige du juge qu'il fasse une pesée des intérêts en cause, qu'il décide si le but d'intérêt public pèse plus lourd dans la balance que les restrictions apportées aux libertés. C'est ce que le Tribunal fédéral a constaté dans l'arrêt **Globus**.²

Cette solution n'est pas restée incontestée. M. ZIMMERLI refusa expressément cette manière de résoudre les cas de concours.³ Il estime qu'elle conduit au nivellement des différences entre les diverses libertés et à une perte de substance du libéralisme. D'autre part, le même auteur pense que l'application du principe de la proportionnalité exige un choix clair des valeurs à mettre en balance.⁴

Cette manière de voir n'a pas été reprise par le Tribunal fédéral, à juste titre pensons-nous. Car, comme la Cour l'a dit dans les arrêts cités dans le chapitre précédent, il s'agit de choisir des critères de jugement (*Wertungsgesichtspunkte*).⁵ La prise en considération d'autres critères que ceux qui se rapportent à une seule liberté ne devrait pas conduire à une perte de substance de cette liberté. Au contraire, il est probable qu'il en résulte une limitation plus grande des pouvoirs d'intervention des cantons. Les considérants des arrêts **Globus** et **Buess** confirment, dans des *obiter dicta*, cette conclusion.

Dans l'arrêt **Globus**, la cour a expressément écarté la possibilité d'utiliser la loi en question aux fins d'empêcher toute construction de centres commerciaux de plus de 8'000 m². Dans l'arrêt **Buess**, elle a considéré qu'une application de la loi qui aurait pour effet d'empêcher l'extension d'une industrie serait contraire à la Constitution.

4.3.4 L'art. 22 quater de la Constitution fédérale ⁶

Dans les arrêts **Righi** et **Globus**, le Tribunal fédéral interprète l'art. 22 quater comme une règle restreignant les libertés.⁷ L'arrêt **Buess** ne dit plus que l'aménagement du territoire est une limite générale des libertés.

1) SALADIN, *Grundrechte*, p. 152 ss; ZIMMERLI, p. 77 ss

2) ATF 102 Ia 104, 114, **Globus**, précité

3) ZIMMERLI, p. 76 s; L'application correcte du principe de la proportionnalité exigerait, selon cet auteur, le rattachement d'un comportement à une seule liberté.

4) ZIMMERLI, p. 77

5) ATF 102 Ia 50, 53, *Sozialdemokratische Partei der Stadt Zürich*, précité, se basant sur ATF 100 Ia 392, 402, **Kaufmann**, précité

6) Doctrine et jurisprudence concernant l'aménagement du territoire sont d'une épaisseur telle que nous renvoyons le lecteur aux ouvrages et bibliographies spécialisés. Rappelons simplement que la plupart des auteurs ne partagent pas notre concept des libertés et que dès lors une lecture critique paraît indiquée.

7) De même M. MUELLER J.P. in ZBJV 114 (1978), p. 51

L'art. 22quater a été introduit en même temps que l'art. 22ter.¹ C'est, comme le Tribunal fédéral l'a reconnu implicitement,² tout d'abord une attribution de compétence. Les cantons avaient cette faculté déjà avant l'introduction de l'art. 22quater dans la Constitution fédérale. La doctrine s'est prononcée dans le même sens.³

L'art. 22quater sanctionne cependant aussi un moyen particulier d'intervention étatique : la planification. Il faut se rapporter à la jurisprudence du Tribunal fédéral pour en comprendre l'importance. Selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la liberté du commerce et de l'industrie interdit de diriger l'économie selon un certain plan.⁴ La notion de plan n'étant pas très précise, la planification de l'utilisation du sol étant relativement récente, l'art. 22quater contribue certainement à préciser le sens de la jurisprudence relative à l'art. 31 Cst. féd..

Le **plan** est avant tout un outil de travail. Son utilisation n'implique pas nécessairement une restriction notable de la liberté du commerce et de l'industrie. Planification du territoire⁵ et dirigisme économique ne sont pas synonymes.

4.3.4.1 La notion de plan

Il est évident qu'il convient de distinguer entre le plan au sens de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la liberté du commerce et de l'industrie et la notion de plan telle qu'elle est utilisée dans l'aménagement du territoire. Certes, une première différence tient à la matière planifiée.

L'aménagement du territoire planifie l'utilisation du sol, alors que le plan (prohibé) de politique économique oriente l'activité du commerce et de l'industrie. Mais l'arrêt **Buess** rappelle opportunément que des prescriptions sur l'utilisation du sol peuvent constituer un moyen très efficace de politique économique dans le domaine de l'agriculture, par exemple.

M. LENDI définit le plan comme «la préparation systématique d'activités en vue d'atteindre un but donné avec des dépenses adéquates».⁶ La planification est une technique de coordination préventive.⁷ En tant que telle, elle est indépendante de la matière planifiée.⁸

Dans le contexte des atteintes aux libertés, deux données de la planification nous intéressent plus particulièrement : le but et les moyens prévus pour

1) *FF 1969 II, p. 1105*

2) *P. ex.: ATF 99 Ia 604 ss, Righi, précité*

3) *AUBERT / JAGMETTI, p. 149*

4) *Cf. ATF 103 Ia 586 ss, Buess; 102 Ia 104 ss, Globus; 99 Ia 604 ss, Righi, avec renvois à la doctrine*

5) *Le terme allemand de «Raumplanung» met ce rapprochement en évidence*

6) *LENDI, p. 44*

7) *LENDI, p. 44 N. 8*

8) *LENDI, p. 45*

l'atteindre. La planification n'est en effet pas un moyen d'atteindre un but, mais une façon de coordonner, dans le temps et dans l'espace, l'emploi de ces moyens.

L'aménagement du territoire est devenu une branche spécialisée. L'«aménageur» ne trouvera pas, dans nos développements ultérieurs, les précisions techniques auxquelles il est habitué. Le constitutionnaliste peut cependant traiter de la question sans pour autant être un spécialiste de l'aménagement du territoire. Il s'agit en fait de résoudre la question de savoir si la possibilité de planifier l'utilisation future du sol comporte en elle-même des restrictions aux libertés. Les différentes sortes de plans, traitant de matières diverses et se rapportant à des entités géographiques de tailles diverses, doivent obéir aux mêmes principes. Aussi partirons-nous des buts que peut viser l'aménagement du territoire, pour ensuite traiter de certains moyens.

4.3.4.2 Les buts de l'aménagement du territoire

L'aménagement du territoire vise à atteindre une utilisation rationnelle du sol.¹ Son but principal n'est pas de nature policière, mais de politique sociale,² à savoir l'augmentation du bien-être général.

Une interprétation extensive de ce but, dans le sens qu'il constituerait une restriction aux libertés garanties, conduit à la négation même des libertés économique, d'établissement et personnelle.

Si donc, comme le Tribunal fédéral l'a affirmé dans plusieurs arrêts, l'art. 22quater constituait une base constitutionnelle suffisante pour restreindre la liberté économique et le droit de la propriété, notre système économique pourrait être complètement dénaturé. Telle n'a certainement pas été l'opinion de notre Cour suprême, ni la volonté du constituant. Les travaux relatifs à l'adoption d'une loi fédérale sur l'aménagement du territoire montrent d'ailleurs que le législateur en est conscient. L'échec de la loi de 1974 a mis en évidence que le peuple n'entendait pas tirer de l'art. 22quater des conséquences allant à l'encontre de la pratique actuelle.

D'autre part, il serait absurde de refuser à l'Etat toute faculté d'influencer le développement économique. L'Etat moderne n'est plus un «veilleur de nuit» (Nachtwächterstaat), tel qu'on le concevait au 19^e siècle. L'administration des services a pris de plus en plus d'importance. Les prestations étatiques sont même très souvent nécessaires à l'exercice effectif des libertés, même économiques. Pensons par exemple aux infrastructures que l'Etat met à disposition des particuliers.

Là où l'Etat fournit des prestations, il est naturel qu'il en planifie la disponibilité. Le plan est devenu un instrument de travail dans maints domaines.

Les «Grandes lignes de la politique gouvernementale», présentées depuis 1971, ne sont que la pointe d'un iceberg de plans internes. Dès lors, la question n'est

1) LENDI, p. 59

2) LENDI, p. 60, 75; ZIMMERLI, p. 87

plus : planification ou non, mais bien : quelle sorte de planification ? Car, en tant qu'instrument de travail et de coordination, le plan peut avoir des contenus divers, influant plus ou moins sur les libertés constitutionnelles.

Les buts de l'aménagement du territoire qui ne vont pas plus loin que ceux admis pour d'autres types d'interventions étatiques ne posent guère de problèmes spécifiques. Il en va autrement quand l'Etat justifie une intervention par des considérations de technique de planification. Très souvent, il s'agit d'effets secondaires voulus ou non sur d'autres libertés.

Cela tient en partie à la fonction du sol dans le système économique. Le sol est un facteur de production comme le capital et le travail. La réglementation de l'utilisation du sol peut donc influencer d'une manière décisive sur la marche de l'économie. Mais comme nous le verrons, ce n'est pas une conséquence nécessaire.

4.3.4.3 L'élaboration des plans

L'examen de la constitutionnalité d'une mesure de planification est conditionné par les aspects techniques de l'aménagement du territoire. Les plans de détail, directement applicables, se fondent sur un concept de base et un plan directeur qui servent à leur interprétation.

La planification peut se faire de différentes manières. Sont-elles toutes compatibles avec les garanties constitutionnelles ? Faut-il juger une mesure en fonction du but poursuivi ou de ses effets réels ? Les considérations suivantes tendent à éclaircir ces aspects du problème et à montrer l'influence des droits fondamentaux sur le travail des «aménagistes».

A. Etudes préalables

Toute planification procède d'abord d'un inventaire de l'état actuel de l'utilisation du sol. Sur cette base, l'évolution future probable est étudiée. C'est dans ce premier stade de la planification que la coordination des libertés joue un rôle important. L'étude et l'application scientifique des mécanismes économiques font l'objet des sciences économiques. Nous ne prétendons pas les maîtriser ou pouvoir nous prononcer sur la validité de certaines méthodes. Cependant, la connaissance de ces mécanismes est une condition nécessaire à toute planification efficace. Nier toute prévisibilité à l'évolution démographique et économique, c'est priver l'aménagement du territoire d'une bonne partie de sa raison d'être.

Une autre question est celle de savoir quel est le degré d'exactitude de ces prévisions. Elle a son importance quand il s'agit de choisir la périodicité des révisions de plans. «La planification est mise en oeuvre dans un processus permanent d'appréciation du développement, des buts et des mesures.»¹

L'étude de l'évolution future d'une région ne peut pas tenir compte de tous les facteurs ayant une influence plus ou moins grande sur l'économie. Un

1) LENDI, p. 67

certain nombre de données doivent être tenues pour sûres, doivent être « bloquées » pour les besoins de l'étude. Les modèles et scénarios utilisés permettent cependant de varier les hypothèses. Il est essentiel qu'à ce stade, le modèle choisi tienne compte des mécanismes d'une économie de marché. Un modèle qui ne satisfait pas à cette exigence, soit qu'il tienne compte de mesures de politique économique prohibées, soit qu'il néglige des mécanismes importants, conduirait à un résultat que nous jugeons incompatible avec l'esprit et la lettre de la Constitution.¹

Sur la base des prévisions ainsi élaborées, les organes de planification ont plusieurs possibilités.

B. La planification des besoins

L'aménagement du territoire est effectué en fonction des besoins prévisibles. Il prévoit donc des zones suffisantes pour les satisfaire. Ce mode de planification n'influe que dans une mesure minime sur d'autres libertés que celle de la garantie de la propriété. L'Etat ne fait que coordonner les emplacements des ouvrages et prévient ainsi le gaspillage.

Selon la durée de la période pour laquelle le plan a été établi, les besoins effectifs et le plan concorderont plus ou moins. Plus la période de validité du plan est longue, plus ce dernier risque de s'écarter de la réalité et de devenir un instrument non seulement de coordination mais également de politique économique.

L'une des questions les plus délicates est de savoir si les organes de planification doivent tenir compte du fait qu'une évolution économique incontrôlée verra de nombreuses entreprises s'installer, parmi lesquelles quelques-unes seulement seront viables à long terme. Il nous semble qu'il n'est pas contraire à la liberté du commerce et de l'industrie de prévoir des zones qui ne tiennent compte que d'un stade ultérieur de l'évolution. Il faut cependant que la décision repose sur des prévisions soigneusement établies.

- 1) *ZIMMERMANN néglige cet aspect. Il tient les mesures d'aménagement du territoire pour compatibles avec la liberté du commerce et de l'industrie. Son raisonnement n'est pas convaincant. Car parmi les différentes possibilités d'aménager le territoire l'Etat doit choisir celles qui sont compatibles avec les libertés garanties par la Constitution.*

Admettre que l'Etat prenne des mesures de politique économique sans base constitutionnelle, sous le couvert de l'aménagement du territoire, c'est ouvrir les portes à l'interventionnisme de l'Etat. Le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs déclaré opposé à une telle manière de faire.

La question n'est pas non plus de savoir si le « Schwerpunkt der Zielrichtung » (= le but principal) pèse plus lourd que les restrictions imposées; il convient de tenir compte de tous les effets d'une mesure. (Cf. ZIMMERMANN, p. 76)

C. La planification influant sur l'évolution économique par le biais de mesures positives

Les mesures prises par la collectivité publique dans le domaine de l'équipement, par exemple, ont une incidence certaine et non négligeable sur l'évolution de la région. L'équipement peut être décidé en fonction des besoins futurs, mais il peut aussi l'être en fonction d'une évolution jugée souhaitable. Ceci est d'autant plus raisonnable que les investissements sont considérables et que la plupart des collectivités publiques sont obligées d'établir un ordre de priorité. Dès le moment où ces priorités sont déterminées en fonction d'une évolution souhaitable et non probable, une telle mesure a un caractère de politique économique. Elle est toutefois compatible avec l'art. 31 Cst. féd., car la liberté du commerce et de l'industrie ne donne pas un droit subjectif à l'obtention de prestations positives de la part de l'Etat,¹ et de pures mesures d'encouragement sont dès lors admissibles.

D. La planification influant sur l'évolution économique par le biais de mesures d'interdiction

L'organe de planification a maintes possibilités d'influencer l'évolution économique future par des mesures d'interdiction. Soit qu'un certain type de constructions ou d'affectations soit généralement interdit, soit que les plans ne prévoient pas de zones pour telle ou telle catégorie de constructions.

Certes, il sera difficile de prouver que l'absence de zone aurait pour but de tenir à l'écart certaines industries. Dans le cadre d'un contrôle abstrait, ce grief sera probablement rejeté. Il importe cependant que les autorités compétentes aient la possibilité d'accorder des autorisations d'exception. Telle est la conclusion que l'on peut tirer des arrêts **Globus** et **Buess**.

L'interdiction pure et simple ou des mesures équivalentes ne sont pas compatibles avec l'art. 31 Cst. féd..

E. Combinaison de mesures positives et de mesures restrictives

Pour atteindre un but de politique de développement, la collectivité publique peut combiner des mesures d'encouragement et des mesures restrictives. Au lieu de favoriser simplement des évolutions souhaitables par des mesures d'encouragement, elle peut être tentée de freiner des évolutions jugées peu souhaitables par des interdictions. C'est ce type de mesures qui nous intéresse plus particulièrement, car, c'est dans ces cas-là que les autorités motivent une restriction par les besoins de l'aménagement du territoire. Elles prétendent que, s'il est légitime de poursuivre un but, il doit être légitime d'assurer le succès de telles mesures par l'interdiction d'activités contraires.

1) *P. ex.: l'équipement d'une zone de construction. Par contre, ne pas prévoir de zone n'est pas refuser une prestation mais restreindre une liberté.*

Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral a eu à s'occuper de prescriptions visant à combattre la pénurie de logements.¹ Cette jurisprudence les a qualifiées de mesures de politique sociale, justifiant ainsi des limites à la liberté du commerce et de l'industrie. Il est intéressant de voir que la Cour n'a admis de telles mesures que si l'intervention de l'Etat était nécessaire pour pallier les insuffisances des mécanismes de marché. Précisons l'objet de notre pensée. Le fait de délimiter des zones pour des habitations à loyer modéré et d'imposer certaines normes ne constitue pas encore, à notre avis, un cas de concours impliquant la liberté du commerce et de l'industrie. Il s'agit là d'une planification selon les besoins (B). L'encouragement de telles constructions, par exemple par des subventions ou autres avantages (C) restera encore dans les limites de l'art. 31 Cst. féd..

La question est plus délicate en ce qui concerne des mesures combinées, telles que l'interdiction du changement d'affectation² ou l'interdiction de désaffecter des bâtiments d'habitation ou de les démolir.³

F. Les prescriptions sur l'utilisation

La manière d'utiliser la propriété foncière peut, selon le Tribunal fédéral,⁴ être restreinte sur la base des art. 22ter et quater. Il est discutable de citer l'art. 22quater Cst. comme base constitutionnelle pour une restriction.⁵ La question n'est toutefois pas là. Dans sa jurisprudence concernant les restrictions apportées à la liberté d'utiliser des maisons locatives, le Tribunal fédéral s'est basé sur des études constatant l'existence de la pénurie de logements.⁶ Il n'a admis de restrictions que si la situation du marché ne pouvait plus parer à la situation.⁷ Ceci est plus souvent le cas pour le marché des logements que pour d'autres marchés.

La raison en est que la construction de maisons prend un certain temps et que la capacité de l'industrie du bâtiment met des limites à la réalisation rapide de certains projets.

Le cas de la pénurie des logements et les solutions jurisprudentielles qui y ont été apportées ne doit cependant pas être généralisé. La situation très spéciale de ce marché l'interdit.

- 1) ATF 103 Ia 417 ss, **Schweizer**, précité; ATF 101 Ia 502 ss, **Chambre vaudoise immobilière**, du 5 février 1975; ATF 99 Ia 35 ss, **Hausbesitzer-Verein Basel**, du 24 janvier 1973
- 2) ATF 103 Ia 417, 419, **Schweizer**, précité; ATF 101 Ia 502, 503, **Chambre vaudoise immobilière**, précité
- 3) ATF 103 Ia 417, 419, **Schweizer**, précité; ATF 101 Ia 502, 503, **Chambre vaudoise immobilière**, précité; ATF 99 Ia 35, 40 s, **Hausbesitzer-Verein Basel**, précité
- 4) ATF 104 Ia 120, 126, **Müssgens**, du 8 février 1978; ATF 103 Ia 417, 419, **Schweizer**, précité; ATF 103 Ia 250, 251, **Neuhaus**, précité; ATF 101 Ia 502 511 s, **Chambre vaudoise immobilière**, précité
- 5) Cf. p. 61 s
- 6) ATF 103 Ia 417, 420, **Schweizer**, précité
- 7) *Argument a contrario* tiré de l'ATF 103 Ia 417, 420 ss, **Schweizer**, précité

En règle générale on peut constater que plus l'entrée dans une activité commerciale est facile, compte tenu des besoins en locaux et capital, moins les restrictions de politique sociale se justifient. Car, dans de tels domaines, la réaction du marché sera assez rapide pour parer aux inconvénients majeurs. Cet élément devrait être pris en considération dans la discussion sur les effets des centres commerciaux. Il n'a non seulement pas été prouvé que les centres commerciaux mènent à une décentralisation insuffisante des points de vente des produits de détail, mais l'ouverture de magasins dans des centres existants ne pose pas de problèmes insurmontables dans un laps de temps relativement court. Car, s'il y a des magasins existants, même leur désaffectation momentanée ne mettrait pas d'obstacles à une réouverture. La profession de commerçant est d'ailleurs d'un accès facile, en ce sens qu'elle ne nécessite ni formation spéciale, ni locaux difficiles à aménager.

Les thèses allemandes ont d'ailleurs également influencé d'autres théories en relation avec la protection des libertés. C'est ainsi que l'on parle en Suisse du problème d'une liberté subsidiaire et complémentaire, à l'image du «Mutter- und Auffanggrundrecht» de la loi fondamentale;¹ on parle de l'exercice des droits de la propriété conformément aux exigences de la vie sociale, reprenant ainsi la «Sozialbindung des Eigentums» du droit allemand.²

Dans toutes ces discussions, il convient de ne pas perdre de vue les différences notables existant entre le droit allemand et le droit suisse, différences qui tiennent à l'histoire récente des deux pays³ autant qu'à l'organisation fédéraliste de la Suisse.

2.2 La systématique de la protection des libertés en Allemagne ⁴

La loi fondamentale allemande consacre ses articles 2 à 19 à la protection des libertés publiques. L'art. 2 pose le principe de la protection de la dignité et de la personnalité humaine; les articles 3 à 17 énumèrent une série de droits spécialement protégés; et l'article 19 GG règle la question de la protection absolue du noyau des libertés. Ainsi nous trouvons-nous en présence d'un catalogue systématique et complet des libertés publiques protégées.

Dans une décision connue sous le nom de «Mephistourteil»,⁵ la cour constitutionnelle de Karlsruhe a estimé que les différents libellés des articles constitutionnels correspondaient à des protections d'intensité diverse. La conséquence en est que certaines libertés ne peuvent en aucune manière être restreintes, mis à part l'abus manifeste, que ce soit par le législateur ou par le juge. D'autres libertés peuvent être restreintes par le législateur afin de protéger certains biens de police, d'autres libertés ne sont garanties que sous réserve des lois générales.

Il est naturel que les auteurs allemands se soient également posé la question de savoir laquelle parmi les deux libertés, l'une limitée et l'autre illimitée, s'appliquerait dans un cas de concours. En réalité, une seule liberté est applicable, car, si l'une des deux libertés ne pouvait en aucun cas être limitée par le législateur et qu'elle s'applique, il n'y aurait plus de place pour tenir compte des règles dérivant d'une autre liberté.

1) Art. 2 GG (= Grundgesetz, loi fondamentale)

2) HESS, p. 83

3) Les expériences de la République de Weimar et du régime hitlérien ont profondément influencé la pensée des juristes allemands.

4) Cf. p. ex.: MAUNZ/DUERIG/HERZOG, *Kommentar zum Grundgesetz*; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, Karlsruhe 1976; LEIBHOLZ/RINCK: *Grundgesetz für die BRD*, Köln 1976; MUENCH Ingo v.: *Grundgesetz, Kommentar*, Frankfurt a.M./München 1974-1976, vol. 1

5) BVerfG 30, p. 173 ss

Chapitre 2: LES INFLUENCES DU DROIT ALLEMAND

2.1 Introduction, généralités

Le concours de libertés a été traité de façon détaillée par la doctrine constitutionnelle allemande. Ces écrits, notamment de BERG,¹ LEPA,² et RUEFNER³ ont inspiré la discussion qui s'est récemment instaurée en Suisse. Terminologie et concepts de base ont été partiellement repris par les auteurs suisses.⁴ De plus, et cela est très important, la formulation du problème a presque toujours été la même que dans les ouvrages allemands. VENANZONI va même jusqu'à prétendre que le problème de l'application simultanée de plusieurs dispositions constitutionnelles n'est pas un problème inhérent à notre droit constitutionnel, mais qu'il provient d'ailleurs.⁵

Les solutions proposées en Suisse, et que nous rencontrerons par la suite, ont été fortement influencées par la pensée de constitutionnalistes allemands.⁶

Certes, les droits constitutionnels suisse et allemand se ressemblent à plus d'un égard. Il se justifie donc à première vue de tenir compte des résultats allemands pour aborder ensuite la problématique suisse. Nous estimons pourtant que les différences entre les deux ordres juridiques sont notables en ce qui concerne la protection des libertés publiques. La loi fondamentale de 1949 contient un catalogue systématique et complet des libertés protégées en République fédérale allemande. Les constitutionnalistes allemands sont pour la plupart des adeptes de la théorie des «barrières aux libertés» (*Grundrechtsschranken*).⁷ Or, comme nous avons eu l'occasion de le voir tout au long de notre exposé, ces deux particularités du droit constitutionnel allemand ne se retrouvent pas en droit suisse. Non seulement on ne peut pas parler d'une protection systématique et complète des libertés en Suisse, mais le système des barrières aux libertés doit aussi être remis en question. De ce fait, la reprise pure et simple des schémas d'argumentation développés en Allemagne n'est pas judicieuse. Il conviendrait plutôt de rechercher une solution propre au droit suisse, en tenant compte des particularités de celui-ci.⁸

1) BERG Wilfried: *Konkurrenzen schrankendivergenter Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes*; thèse Köln, 1967

2) LEPA Manfred: *Grundrechtskonflikte*, DVBl 87 (1972), p. 161 ss

3) RUEFNER Wolfgang: *Ueberschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte*, in: *Der Staat* 7 (1968), p. 41 ss

4) FISCHER, p. 167; ZIMMERMANN base sa thèse surtout sur la doctrine allemande

5) VENANZONI, *Konkurrenz*, p. 279

6) *Sur l'influence, inévitable, des théories étrangères sur la doctrine d'un petit pays cf. aussi RENNER*, p. 84

7) La doctrine allemande (et suisse-allemande) emploie le terme de «Grundrechtsschranken» et parle de «Konkurrenz schrankendivergenter Grundrechte»

8) ZIMMERMANN procède de façon contraire. Il essaie d'adapter le droit suisse aux schémas allemands.

Les thèses allemandes ont d'ailleurs également influencé d'autres théories en relation avec la protection des libertés. C'est ainsi que l'on parle en Suisse du problème d'une liberté subsidiaire et complémentaire, à l'image du « Mutter- und Auffanggrundrecht » de la loi fondamentale;¹ on parle de l'exercice des droits de la propriété conformément aux exigences de la vie sociale, reprenant ainsi la « Sozialbindung des Eigentums » du droit allemand.²

Dans toutes ces discussions, il convient de ne pas perdre de vue les différences notables existant entre le droit allemand et le droit suisse, différences qui tiennent à l'histoire récente des deux pays³ autant qu'à l'organisation fédéraliste de la Suisse.

2.2 La systématique de la protection des libertés en Allemagne ⁴

La loi fondamentale allemande consacre ses articles 2 à 19 à la protection des libertés publiques. L'art. 2 pose le principe de la protection de la dignité et de la personnalité humaine; les articles 3 à 17 énumèrent une série de droits spécialement protégés; et l'article 19 GG règle la question de la protection absolue du noyau des libertés. Ainsi nous trouvons-nous en présence d'un catalogue systématique et complet des libertés publiques protégées.

Dans une décision connue sous le nom de « Mephistourteil »,⁵ la cour constitutionnelle de Karlsruhe a estimé que les différents libellés des articles constitutionnels correspondaient à des protections d'intensité diverse. La conséquence en est que certaines libertés ne peuvent en aucune manière être restreintes, mis à part l'abus manifeste, que ce soit par le législateur ou par le juge. D'autres libertés peuvent être restreintes par le législateur afin de protéger certains biens de police, d'autres libertés ne sont garanties que sous réserve des lois générales.

Il est naturel que les auteurs allemands se soient également posé la question de savoir laquelle parmi les deux libertés, l'une limitée et l'autre illimitée, s'appliquerait dans un cas de concours. En réalité, une seule liberté est applicable, car, si l'une des deux libertés ne pouvait en aucun cas être limitée par le législateur et qu'elle s'applique, il n'y aurait plus de place pour tenir compte des règles dérivant d'une autre liberté.

1) Art. 2 GG (= Grundgesetz, loi fondamentale)

2) HESS, p. 83

3) Les expériences de la République de Weimar et du régime hitlérien ont profondément influencé la pensée des juristes allemands.

4) Cf. p. ex.: MAUNZ/DUERIG/HERZOG, *Kommentar zum Grundgesetz*; HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, Karlsruhe 1976; LEIBHOLZ/RINCK: *Grundgesetz für die BRD*, Köln 1976; MUENCH Ingo v.: *Grundgesetz, Kommentar*, Frankfurt a.M./München 1974-1976, vol. 1

5) BVerfG 30, p. 173 ss

2.3 Différences entre le droit suisse et le droit allemand

Les différences principales ressortent déjà de ce qui a été dit plus haut. Voici un résumé de la position qui nous amène à ne pas traiter le problème par référence au droit constitutionnel allemand :

- La protection des libertés publiques en Suisse se fonde sur un catalogue qui n'est ni complet ni systématique.
- Il n'y a pas en Suisse de libertés absolues. Elles peuvent toutes, à des degrés variables, être restreintes par le législateur.
- Les différences dans les restrictions admissibles en Suisse ne ressortent pas directement de la Constitution. Elles sont la conséquence d'une pesée des intérêts en jeu, de l'application du principe de la proportionnalité.
- L'évolution historique, notamment l'expérience du régime nazi en Allemagne, a accentué les différences dans l'interprétation de normes apparemment semblables.
- L'absence de juridiction constitutionnelle et les particularités de la procédure suisse replacent la discussion sur des bases différentes.

2.4 Utilité de la référence au droit allemand

Les discussions de doctrine sont très souvent plus animées en Allemagne qu'en Suisse. Elles sont toutes marquées par le développement de thèses et de théories plus nuancées, pas toujours axées sur les besoins de la pratique. Toutefois, les impulsions venant de la doctrine allemande peuvent attirer l'attention des juristes suisses sur des problèmes qui se posent de manière semblable en droit constitutionnel suisse. Il faut cependant se méfier de la reprise pure et simple des solutions allemandes. Si en revanche, la doctrine allemande sert de base à une réflexion autonome, un des buts du droit constitutionnel comparé peut déjà être considéré comme atteint.

Chapitre 3: QUELQUES THEORIES D'AUTEURS SUISSES

3.1 Introduction

Plusieurs auteurs suisses se sont prononcés sur des questions de concours de libertés. Le dernier en date est M. ZIMMERMANN.¹ Un seul pourtant, M. VENANZONI,² a essayé de résoudre le problème de façon globale. Si nous résumons néanmoins les avis des auteurs, c'est pour mieux préciser notre pensée.

1) ZIMMERMANN, *thèse de 1979*

2) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen; partiellement publié et mis à jour in: Konkurrenz*

Le choix des auteurs peut paraître quelque peu arbitraire. Il n'y a guère de constitutionnaliste qui ne se soit pas prononcé sur des questions en relation avec le sujet de notre thèse, mais le concours de libertés peut amener des auteurs à reconsidérer certains de leurs concepts.

3.2 La théorie de M. HUBER

M. H. HUBER s'est occupé à plusieurs reprises de problèmes de concours et de coexistence de libertés. Nous essaierons ci-dessous de résumer ses positions.

Deux articles de M. HUBER nous serviront de base : le premier, paru en 1959,¹ s'intéresse aux relations entre la garantie de la propriété et la liberté du commerce et de l'industrie; le second, paru en 1977,² traite des problèmes de concours entre la liberté de la presse et la liberté du commerce et de l'industrie. Le premier article servira surtout à préciser ce que M. HUBER a écrit en 1977.

Chaque liberté a sa sphère de protection.³ La concrétisation⁴ des normes constitutionnelles détermine cette sphère.

Avant de parler de concours de libertés, il convient de savoir si l'**activité** en question n'appartient pas à la sphère de protection d'une autre liberté. M. HUBER définit des critères supplémentaires à partir de deux considérations :

- l'une, selon laquelle il ne faut pas dissocier des comportements humains complexes;⁵
- l'autre, selon laquelle il convient de tenir compte du degré d'adaptation d'une restriction (les mesures de la police économique sont adaptées à l'exercice du droit de faire de la publicité, mais les restrictions à la liberté de la presse sont inadéquates en ce cas).⁶

Pour autant qu'une activité humaine puisse être rattachée à une seule liberté, il n'y a pas de concours.

Pour les cas où effectivement le concours ne peut être évité, M. HUBER propose de prendre en considération le sens et les points de vue des deux libertés en cause. Il élargit donc une solution préconisée par M. VENANZONI.⁷ Deux ans auparavant, M. HUBER avait parlé de l'éviction d'une liberté par une autre (à propos d'un concours entre la liberté de contracter et la garantie de la propriété).⁸

1) HUBER, *Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie*

2) HUBER, *Schutz*

3) M. HUBER parle de «*Schutz- und Normbereich*»

4) HUBER, *Konkretisierung, passim*

5) P. ex.: dissocier la réclame du comportement économique de l'entrepreneur. (HUBER, *Schutz*, p. 300)

6) HUBER, *Schutz*, p. 301

7) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 136 s

8) HUBER in: ZBJV 113 (1977), p. 39

Dans son article paru en 1959, M. HUBER constate qu'il existe toute une série de mesures qui touchent en même temps la garantie de la propriété et la liberté économique. Il refuse toutefois de traiter ces situations de la même façon que des prétentions de droit civil. « La question n'est pas : concours ou collision ? ».¹ Le sens et la sphère de protection des différentes libertés ne peuvent pas être clairement définis et séparés.² Dans le cas où l'effet double d'une mesure conduirait à une divergence, selon qu'on l'examine à la lumière d'une liberté ou d'une autre, il faut choisir et trancher.³ En 1959 déjà, M. HUBER se servait du critère de l'aptitude d'une liberté à protéger un comportement humain.⁴ En cas de concours ou de coexistence, l'une des libertés concernées sera donc élargie de façon à évincer les autres. Cette manière de voir correspond cependant à l'« Anspruchsdenken » que M. HUBER avait condamné quelques pages plus tôt.

3.3 Critique de la théorie de M. H. HUBER

La question centrale de toute théorie sur la coexistence des libertés est la suivante : y a-t-il lieu de juger un comportement humain en fonction de plusieurs libertés ? Ou, en d'autres termes : les libertés invoquées s'appliquent-elles simultanément au cas précis ?

M. HUBER admet que plusieurs libertés peuvent être touchées par un même comportement humain. Pour des raisons pratiques, il proposa en 1959 l'élargissement d'une liberté et l'éviction des autres. Ce concept spatial contredit en quelque sorte l'affirmation que les libertés garanties par la Constitution ne peuvent pas être comparées à des tiroirs.⁵ Le rattachement de certaines activités à une liberté déterminée a pour effet que les situations de concours diminuent en nombre.

L'idée de la coexistence de plusieurs libertés fut à juste titre reprise en 1977. Elle permit à M. HUBER de proposer une solution pour un cas de concours — la publicité sans but lucratif direct (relations publiques) — qui tient compte de ces différents aspects.

3.4 La théorie de M. GYGI ⁶

Dans un article de mélanges, M. GYGI s'occupe du problème du concours de libertés. Il constate que les problèmes de concours sont d'une actualité certaine. Voici un résumé des points importants :

Le concours de libertés est un problème de fond. Si le Tribunal fédéral essayait donc de le résoudre par le biais du droit de procédure, cette

1) HUBER, *Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie*, p. 169

2) HUBER, *op. cit.*, p. 169

3) HUBER, *op. cit.*, p. 174

4) HUBER, *op. cit.*, N. 12 p. 169

5) HUBER, *op. cit.*, p. 170

6) GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*

manière de faire serait critiquable.¹ La solution du problème doit être trouvée dans le critère de la «pertinence» (Sachbezug, Sachzusammenhang).² Car, dit l'auteur, si une mesure étatique était examinée sous l'angle de plusieurs libertés et que les résultats ne concordaient pas, il ne resterait plus qu'à choisir la liberté qui présente les relations les plus étroites avec les faits en cause.³ L'attribution d'un comportement humain à la liberté la plus proche évite la difficulté née du recoupement de plusieurs libertés. Un comportement humain ne peut être attribué qu'à une seule liberté.⁴

L'attribution typologique de certains comportements humains à certaines libertés se fait en fonction de l'intensité des rapports entre faits à juger et faits juridiques.

L'objet du recours est, selon M. GYGI, toujours une règle de droit cantonal. Soit que cette règle soit inconstitutionnelle, soit qu'elle ait été appliquée d'une façon non conforme à la Constitution.⁵ Cette règle légale a un sens et un but que l'interprétation fixera objectivement. Elle pourra donc être attribuée au champ de protection d'une liberté.

M. GYGI explique ensuite cette théorie en citant des exemples : Une norme de droit cantonal règle l'affectation des zones de vignobles. Si le but de cette norme est la protection du paysage, la cause sera jugée en vertu de la garantie de la propriété. Si le but est d'influencer la production viticole, elle sera jugée en fonction de la liberté du commerce et de l'industrie.⁶

Un cas spécial de concours se présente lors du concours entre une liberté nommée et l'art. 4 Cst. féd.. Si une cause ne peut pas être jugée en fonction d'une liberté déterminée, elle le sera en fonction de l'art. 4 Cst. féd..⁷

3.5 Critique de la théorie de M. GYGI

La théorie de M. GYGI se caractérise de trois manières :

- un concept spatial des libertés;
- l'idée qu'une activité ne ressortit qu'à une seule liberté, et à celle-là seulement;
- la détermination des relations entre liberté et norme légale attaquée en fonction du but de cette dernière.

1) GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, p. 63 s

2) Traduction approximative du terme «Sachzusammenhang» et de celui du «Sachbezug», employés par M. GYGI: *Rapport de pertinence; connexité*

3) GYGI, *op. cit.*, p. 65

4) GYGI, *op. cit.*, p. 66

5) GYGI, *op. cit.*, p. 67 s; Cf. aussi: GYGI *Mittelbare Verfassungsverletzung als Beschwerdegrund im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren. In: Gedenkschrift für Max Imboden, Bâle 1972, p. 159 ss, p. 168 s (chi. 9)*

6) GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, p. 68

7) GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, p. 73 ss

Les trois points précités font en effet partie de la théorie classique des constitutionnalistes suisses. En ce qui concerne la conception spatiale des libertés, nous renvoyons à ce que nous avons dit plus haut.¹ M. GYGI admet d'ailleurs qu'une liberté influe sur une liberté «voisine».² Dans cette mesure, il n'est pas très conséquent. Car, si chaque liberté a un champ de protection (Schutzbereich) propre et bien défini,³ qui ne se recoupe pas avec le champ de protection d'une autre liberté, l'admission d'un tel «rayonnement» constitue un élément étranger à son système.

Comment expliquer qu'un comportement humain puisse être protégé tantôt par une liberté, tantôt par une autre? M. GYGI contourne la difficulté en ne se fondant que sur le sens et le but de la norme attaquée. L'attribution de cette norme au champ d'action d'une liberté s'opère en fonction du «rapport de pertinence». M. GYGI n'indique toutefois pas la voie à suivre en cas de doute. Les exemples donnés n'éclaircissent pas non plus ces points-là.⁴ Le but de la norme légale attaquée, déterminé selon les méthodes d'interprétation classiques, sert de critère de subsomption.⁵ Mais, outre le fait que les buts et les effets d'une norme ne concernent pas forcément les mêmes libertés,⁶ il existe certainement des mesures à buts multiples. Tel est notamment le cas des plans d'aménagement du territoire.⁷ L'exemple cité plus haut des zones de vignobles illustre bien le problème. Selon M. GYGI, il suffit de déterminer si le but visé est la protection du paysage ou la direction et l'orientation de la production.⁸ Dans l'arrêt **Buess**,⁹ le Conseil d'Etat neuchâtelois avait justifié la loi cantonale protégeant les vignobles par des considérations d'ordre économique aussi bien que par des considérations relatives à la protection du paysage.

Le rapport de pertinence n'est donc d'aucun secours dans les cas difficiles, dans lesquels plusieurs buts sont poursuivis par une norme. ¹⁰

1) Cf. p. 28 ss

2) GYGI, *op. cit.*, p. 66 s

3) GYGI, *op. cit.*, p. 66

4) L'auteur donne une série de solutions sans pour autant indiquer le pourquoi de l'application d'une règle plutôt que d'une autre.

5) M. GYGI parle tantôt d'**attribution** d'une règle au champ de protection d'une liberté, tantôt de **subsomption**.

6) Cf. p. ex. les mesures d'aménagement du territoire qui ont des effets de politique économique (p. 56, 64 ss)

7) Cf. p. 13, 63 ss

8) GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, p. 68

9) ATF 103 Ia 586 ss, **Buess**, précité

10) Dans son commentaire de la jurisprudence administrative du Tribunal fédéral en 1977 (in: ZBJV, 115 (1979), p. 201 s), M. GYGI qualifia d'intervention prohibée par la garantie de la propriété le fait qu'un canton ait refusé l'autorisation d'exploiter une gravière pour manque d'un besoin. Or la clause de besoin appartient «typiquement» (GYGI, *Grundrechtskonkurrenz*, p. 67) aux mesures de politique économique. En appliquant les critères prônés dans son article de 1977, M. GYGI aurait dû qualifier ce fait de violation de l'art. 31 Cst. féd. Cf. aussi: MUELLER, J.P., commentaire de l'arrêt **Globus**, in: ZBJV 114 (1978), p. 49 s

3.6 La théorie de M. VENANZONI

3.6.1 Remarque préliminaire

M. VENANZONI publia un article dans la « Revue de droit suisse »¹ adaptant les résultats de sa thèse au développement de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il arriva à des conclusions assez proches des résultats de notre thèse.² Les points de départ de son opinion diffèrent toutefois partiellement des nôtres.³

La thèse de M. VENANZONI date de 1975 et une large partie est consacrée à l'analyse de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Nous ne résumerons ci-dessous que les traits essentiels de ses considérations théoriques.

3.6.2 Quelques aspects de la théorie de M. VENANZONI

M. VENANZONI montre que le rattachement d'une activité humaine à une certaine liberté n'est pas toujours nécessaire pour arriver à une bonne solution. Une solution fonctionnelle du litige lui paraît préférable.⁴ D'autres cas démontrent toutefois que le rattachement à une seule liberté ferme la porte à des arguments pertinents, déduits d'une autre liberté. Tel est notamment le cas de la censure des films cinématographiques.⁵

Libertés idéales et libertés matérielles forment deux groupes de garanties à l'intérieur desquels la délimitation entre les différents droits fondamentaux ne doit pas être poussée trop loin.⁶ Des arguments provenant de plusieurs libertés doivent être pris en considération.⁷ Pour cela, M. VENANZONI postule une inter-action entre ordre public et liberté.⁸ Dans ce processus quasi dialectique, le contenu idéal des libertés influencerait sur l'étendue et l'importance de l'ordre public.⁹

3.7 D'autres auteurs

Plusieurs autres auteurs se sont prononcés sur des questions de concours. On ne peut toutefois pas parler de théories proprement dites. En effet, soit ces auteurs consacraient leurs articles ou thèses à un domaine spécifique, soit ils se ralliaient à une tendance classique.

1) VENANZONI, *Konkurrenz*, paru après la rédaction de notre thèse

2) Notamment en ce qui concerne l'« harmonisation des libertés ».

3) M. VENANZONI procède de façon topique, il ne formule pas de concept des libertés

4) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 94 ss, 107 s; *Konkurrenz*, p. 283 ss

5) VENANZONI, *Grundrechtskonkurrenzen*, p. 99 ss

6) VENANZONI, *op. cit.*, p. 122 ss

7) VENANZONI, *op. cit.*, p. 117

8) VENANZONI, *op. cit.*, p. 115 ss

9) VENANZONI, *op. cit.*, p. 118

M. REHBINDER¹ essaya, dans un article paru en 1977, de résoudre le cas de concours entre la liberté de la presse et la liberté économique, en partant du problème de la publicité. Comme M. STALDER,² il se réfère au droit constitutionnel américain. Il propose notamment de privilégier les produits de la presse, à l'image de la «freedom of speech», indépendamment de leur contenu.³ L'article précité de M. HUBER⁴ y répondait.

Plus tôt, déjà, MM. FISCHER⁵ et MORAND⁶ avaient proposé des solutions. Alors que M. FISCHER est fortement influencé par le droit allemand, M. MORAND a essayé d'enfermer les libertés dans des rapports logiques, à l'image du droit pénal.⁷

Récemment, M. ZIMMERMANN⁸ traite des relations entre la garantie de la propriété et la liberté du commerce et de l'industrie. Sous l'influence des théories des «limites aux libertés» et de la doctrine allemande,⁹ il n'arriva toutefois pas à harmoniser les deux libertés en cas de concours, donnant la prééminence tantôt à l'une, tantôt à l'autre.

Nous avons fait allusion à ces divers travaux en tant que besoin, en traitant des bases de notre thèse.

3.8 Conclusion

Il n'existe pas, en droit suisse actuel, de théorie propre à résoudre les problèmes posés par la coexistence des libertés. Les bases dogmatiques font notamment défaut. Le concept spatial et des imprécisions en ce qui concerne l'application du principe de la proportionnalité empêchent virtuellement un développement de la tendance actuelle de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Chapitre 4: LES BASES DE NOTRE SOLUTION

4.1 Introduction

La coexistence des libertés requiert des bases dogmatiques quelque peu différentes des théories classiques. Nous avons eu l'occasion de les développer au fur et à mesure de notre travail. Doctrine et jurisprudence peuvent et doivent être harmonisées. Le présent chapitre nous donnera l'occasion de rassembler les éléments de notre solution.

1) REHBINDER

2) STALDER

3) REHBINDER, p. 56

4) HUBER, *Schutz*

5) FISCHER, p. 169 ss, 181 ss

6) MORAND, p. 29 s

7) M. MORAND parle de «concours parfait» et de «concours imparfait», p. 29 ss

8) ZIMMERMANN

9) Cf. ZIMMERMANN, p. 42 ss, 70 ss, 88 s

Trois points cardinaux :

- le concept des libertés;
- la coordination des libertés;
- l'application du principe de la proportionnalité.

4.2 Le concept des libertés

4.2.1 Les libertés ne sont pas «délimitées»

La plupart des auteurs partent d'une image concrète et spatiale des libertés. Leurs champs d'application et leurs sphères de protection sont tenus pour être définis et délimités.¹ Nous avons déjà eu l'occasion de démontrer que ce concept ne permet pas d'appréhender les cas de coexistence des libertés.

Le contenu et les «limites» des libertés ont été élaborés par voie de concrétisation. Les normes constitutionnelles garantissant des libertés sont ouvertes, c'est-à-dire qu'elles ne définissent pas une fois pour toutes les activités qu'elles protègent. Les libertés protègent plutôt des aspects de certains comportements humains. Ces aspects sont définis de telle manière qu'ils ne s'excluent pas automatiquement les uns les autres. Il existe donc des comportements humains qui correspondent en même temps à plusieurs aspects protégés par différentes libertés. L'intensité et l'importance de ces aspects peuvent changer d'un cas à l'autre.

Par «délimitation» des libertés, la plupart des auteurs entendent une délimitation par **activités**.² C'est dans ce sens-là que nous affirmons que les libertés ne sont pas «délimitées». De nouveaux comportements humains peuvent servir d'expression à un aspect protégé. Des activités connues et déjà rattachées à une liberté peuvent changer de caractère, soit que les circonstances du cas, soit que le contexte social global changent le poids de certaines motivations.

4.2.2 Il n'y a pas d'unité de traitement parmi les activités protégées par une liberté

Il ressort de ce que nous venons de dire que toutes les activités protégées par une même liberté ne jouissent pas de la même intensité de protection. Ceci n'est pas nouveau et n'est guère contesté. L'image traditionnelle qu'on se fait des libertés ne traduit pas ces différences. Il importe donc de trouver un concept propre à tenir compte d'autres aspects, du fait que l'intensité de la protection n'est pas uniforme. En effet, l'application du principe de la proportionnalité conduit le juge à nuancer les restrictions admissibles dans un cas concret, bien que les conditions générales soient analogues.

- 1) *ZIMMERMANN, p. 8, déduit d'une prétendue connaissance du contenu des libertés leur délimitation. En ce qui concerne le contenu positif des libertés, il est difficile de le définir de manière exhaustive. (Cf. KNAPP, recours de droit public, p. 224 s)*
- 2) *ZIMMERMANN, p. 7s, parle de «Lebensbereiche».*

4.2.3 Notre concept des libertés

Les libertés peuvent être imaginées comme des sphères magnétiques dont l'intensité serait décroissante. Le centre de cette sphère correspond alors au «noyau» d'une liberté qui, selon la jurisprudence, jouit d'une protection quasi absolue. Plus on s'éloigne du centre, plus l'intensité de la protection décroît.

Ce concept des libertés permet à la fois d'appréhender les cas simples d'application d'une seule disposition, et les cas où deux ou plusieurs libertés déploieraient en même temps leurs effets.

4.2.4 Les degrés de protection

Doctrine et jurisprudence¹ reconnaissent que le noyau d'une liberté est inviolable. La protection du «Kernbereich» se traduit dans la jurisprudence du Tribunal fédéral par la phrase suivante : «... une mesure ne doit pas vider une liberté de sa substance». D'autres mesures étatiques touchent une liberté de manière **grave**, sans pour autant violer son noyau ou vider la disposition constitutionnelle de sa substance. Enfin, il y a des violations de libertés qui, sans être graves, sont jugées incompatibles avec la Constitution, car elles sont dénuées d'une justification suffisante. Rajoutons une dernière catégorie de comportements humains : ceux où un aspect protégé a une intensité si faible qu'on peut faire abstraction de cet aspect.

4.3 La coordination des libertés

4.3.1 L'absence de hiérarchie des valeurs²

Nombreux ont été les essais visant à établir une hiérarchie des valeurs exprimées dans notre Constitution et à résoudre ainsi les cas de concours ou de collision.

M. GIACOMETTI³ voyait cette valeur centrale dans l'idée du libéralisme. Il en déduisait une protection complète des activités humaines contre l'ingérence de l'Etat.

M. MASTRONARDI⁴ estime dans sa thèse que la valeur suprême protégée par les libertés publiques est la dignité humaine.⁵ Il en déduit que la liberté individuelle est un moyen de protéger des comportements humains qui ne sont pas couverts par une autre liberté.

Certes, libéralisme et protection de la dignité humaine sont des valeurs de base de notre système constitutionnel. En déduire une hiérarchie des libertés

1) ATF 103 Ia 417, 419, *Schweizer*, précité; *HOTZ*, p. 54 ss

2) *HOTZ*, p. 35 ss; *FISCHER*, p. 173 ss; *ZIMMERMANN*, p. 43 ss

3) Notamment in: **Kodifikation**

4) *MASTRONARDI*

5) Cf. *RENNER*, p. 25

et des valeurs irait cependant trop loin.¹ Le constituant n'a pas exprimé sa volonté de privilégier certaines libertés aux dépens d'autres. La protection des libertés en Suisse n'est pas systématique, les libertés ne sont, par conséquent, pas dans un rapport hiérarchique.

La Constitution fédérale et les constitutions cantonales forment un tout. L'une des tâches de la doctrine et de la jurisprudence consiste à harmoniser ces diverses règles de droit.

Le Tribunal fédéral, après avoir utilisé des formules très larges en reconnaissant la liberté personnelle, a précisé sa jurisprudence dans le sens exposé.

4.3.2 Les libertés sont coordonnées

En cas de concours, on se demandera tout naturellement si une des libertés en cause peut être subordonnée à l'autre, ou aux autres. La Constitution ne permet pas une telle déduction. Le Tribunal fédéral l'a clairement exprimé dans plusieurs arrêts : les libertés doivent être coordonnées et non pas subordonnées. La péréquation des intérêts se fera à l'aide du principe de la proportionnalité, donc d'une pesée des intérêts.

4.4 L'application du principe de la proportionnalité

Au regard du principe de la coordination des libertés, rendue possible par un concept des libertés adapté aux réalités du droit constitutionnel suisse, le juge devra effectuer une pesée des intérêts. La solution correcte d'un cas dépendra du mécanisme mis en oeuvre pour ce faire.

Le principe de la proportionnalité, dont l'observation est une des conditions nécessaires de toute restriction aux libertés, permet d'aboutir à une solution.

Deux aspects nous intéressent particulièrement :

- La mesure étatique doit être nécessaire. Des mesures prises dans un certain domaine et qui toucheraient d'autres domaines sans que cela soit absolument nécessaire pour la réalisation du but, doivent être jugées contraires à cette première exigence. Il importe de tenir compte, dans l'appréciation de la nécessité d'une mesure, du fait qu'un degré de réalisation raisonnable doit servir de ligne directrice. Car toute mesure peut être rendue plus efficace encore par des restrictions touchant des domaines voisins. La perfection conduirait donc à long terme à une perte de substance des libertés, qui est contraire à l'esprit de la Constitution.
- L'intérêt à la restriction doit être prépondérant. Pour juger si l'intérêt à la restriction a plus de poids que l'intérêt à la sauvegarde d'une sphère de liberté, le juge est appelé à procéder à une pesée des intérêts. Quels sont alors les étalons qui lui permettront de l'effectuer conformément à la Constitution ? Chaque garantie de liberté

1) HOTZ, p. 37; RHINOW, *Grundrechtskatalog*, p. 230 s; HINDERLING, no. 364, p. 226

protège certaines valeurs. Ces valeurs et le poids que la Constitution leur donne dans le cas d'une garantie de liberté sont à la base de la décision du juge. Le problème de la coexistence des libertés consiste maintenant dans l'élargissement et la pesée des valeurs en jeu. Car, si deux ou plusieurs libertés applicables protègent des valeurs différentes et parfois divergentes, la tâche se complique singulièrement.

La situation serait différente dans le cas où la vente d'un journal constituerait tout d'abord l'exercice d'une activité économique, l'aspect d'expression d'une opinion devenant secondaire. Un exemple : l'interdiction d'un journal empêche un libraire de le vendre.

L'examen de la proportionnalité tiendra compte de l'intensité avec laquelle les valeurs en jeu sont effectivement touchées, et également du nombre de libertés touchées par une mesure. Plus une mesure touche de libertés, plus l'intérêt à sa réalisation devra peser dans la balance. Plus une mesure aura des effets secondaires sur d'autres libertés, plus sa justification devra être compatible avec ces libertés.

Nous en avons déjà donné un exemple dans le chapitre consacré aux mesures d'aménagement du territoire.

Avant de procéder à l'examen de la proportionnalité proprement dite, il faut donc considérer l'intensité des atteintes aux libertés. Selon le résultat de cet examen, un aspect aura plus de poids qu'un autre. Non parce qu'il mérite plus de protection dans n'importe quelle situation, mais parce que dans le cas précis, il a effectivement plus d'importance.

Illustrons notre pensée à l'aide de l'arrêt **Ballos**.¹ Deux aspects influent sur la décision :

- d'une part, le fait que le journal soit vendu et non pas distribué gratuitement;
- d'autre part, le fait que le but de la vente ne soit pas la réalisation d'un gain mais celle d'un but politique.

In casu, la liberté de la presse est donc plus gravement touchée par l'intervention des autorités que la liberté économique.

Chapitre 5: L'APPLICATION DE NOTRE SOLUTION

5.1 Introduction

La jurisprudence du Tribunal fédéral, dont nous approuvons les résultats, offre plusieurs exemples où un procédé analogue au nôtre a été appliqué. C'est cependant une autre chose de savoir si l'argumentation du Tribunal fédéral est conséquente et convaincante. A notre avis, les considérants des

1) ATF Ballos, ZBI 78/1977, p. 357 ss; précité

arrêts **Ballos**,¹ **Globus**,² **Danuser**,³ **Buess**,⁴ **SP der Stadt Zürich**⁵ et d'autres, manquent de rigueur et de clarté.

Pour la suite, nous traiterons de quatre questions :

- du concours entre plusieurs libertés touchées à des degrés différents;
- de la coexistence de l'art. 4 Cst. féd. avec une liberté;
- de la coexistence entre la liberté personnelle et une autre liberté;
- des autres droits constitutionnels qui ouvrent la voie du recours de droit public en coexistence avec une liberté.

5.2 La coexistence de plusieurs libertés

Lorsqu'une mesure étatique touche plusieurs libertés en même temps, on peut distinguer quatre cas, selon l'intensité de la restriction, à savoir :

5.2.1 La mesure touche les libertés dans leur noyau

L'intervention étatique qui viderait deux libertés de leur sens, c'est-à-dire qui les toucherait dans leur noyau, ne présente guère de difficulté. En effet, la protection du noyau d'une liberté est absolue.⁶ Alors même qu'elle peut être restreinte, la liberté doit subsister, nonobstant l'intervention de l'Etat. Point n'est besoin d'examiner si deux ou plusieurs libertés sont ainsi touchées, car la constatation qu'une seule d'entre elles est vidée de sa substance suffit pour que le recours doive être déclaré bien-fondé.

5.2.2 La mesure touche les libertés de façon grave

Un comportement humain peut correspondre en même temps à deux aspects protégés, de telle façon qu'une restriction toucherait gravement les deux libertés en cause.

Le problème posé par ce type de cas consiste moins dans l'appréciation des intérêts en cause que dans la motivation de l'éventuelle annulation de la mesure attaquée. Les critères de jugement (*Wertungsgesichtspunkte*) des libertés impliquées sont de valeur égale. Dans la plupart des cas, l'annulation par le juge pourra se faire en fonction d'une seule liberté. Faut-il dès lors examiner le grief tiré d'une autre liberté ?

1) ATF Ballos, ZBI 78/1977, p. 357 ss, précité; de même: ATF Geissbühler, ZBI 81/1980, p. 35 ss, précité

2) ATF 102 Ia 104 ss, Globus, précité

3) ATF du 6 juillet 1977, Danuser, non publié, précité

4) ATF 103 Ia 586 ss, Buess, précité

5) ATF 102 Ia 50 ss, SP der Stadt Zürich, précité

6) HOTZ, p. 54 ss

Deux considérations s'opposent :

- d'une part, il est souhaitable que le justiciable et l'autorité attaquée sachent ce qu'il en est de l'appréciation de la situation juridique par le Tribunal;
- d'autre part, il convient d'éviter que le Tribunal ne se prononce, obiter dictum, sur des questions étrangères à la décision prise.¹

La question de savoir si l'une ou l'autre de ces considérations l'emporte relève du pouvoir d'appréciation du juge. Il serait toutefois souhaitable qu'une allusion soit faite quant à la possibilité que le recours puisse être admis sur une autre base sans que le résultat soit différent.

5.2.3 La mesure touche les libertés à des degrés divers

La plupart des cas pratiques que nous avons rencontrés rentrent dans cette catégorie. Parallèlement à une liberté qui est principalement touchée, une autre l'est en même temps, mais à un degré moindre. C'est dans cette situation que la coexistence des libertés pose le plus de problèmes. Faut-il continuer de n'appliquer qu'une liberté, celle principalement touchée, comme le propose M. GYGI? ² Il est évident que nous répondons non à cette question. Le Tribunal fédéral s'est, à plusieurs reprises déjà, prononcé dans le même sens. Mais alors, comment tenir compte de ces différences d'intensité de restriction? Nous pensons qu'il convient d'examiner d'abord la liberté la plus affectée par la restriction attaquée. Ceci, indépendamment d'une éventuelle qualification d'une activité qui résulterait de la jurisprudence antérieure. Prenons l'exemple du colportage des produits de la presse. La jurisprudence constante du Tribunal fédéral a estimé que cette activité était soumise à l'art. 31 Cst. féd.. L'arrêt **Ballos**,³ qui admet pourtant l'application de la liberté de la presse, s'y tient également. Dans le cas **Ballos**, cette manière de faire est particulièrement insatisfaisante. Car, comme le Tribunal fédéral le constate, l'élément lucratif n'a qu'une influence de peu d'importance. Il serait plus clair et plus correct de traiter le comportement de Dame **Ballos** sous l'angle de la liberté de la presse, en tenant toutefois compte que le journal a été vendu. Un traitement différencié des diverses activités de même nom, tel que nous l'avons postulé, éviterait que le colportage traditionnel échappe au contrôle des autorités. Le juge tiendra compte des particularités des comportements en question : le colportage par porte à porte représentant plus de danger pour les biens de police sera donc réglé autrement que celui pratiqué sur la voie publique. La tenue d'un stand motivera d'autres restrictions que la simple distribution.⁴

1) *Ex.: Une mesure violant les art. 22ter et 31 Cst. Si elle est annulée sur la base de l'art. 22ter, les considérants concernant la violation de l'art. 31 Cst. ne sont pas nécessaires pour fonder la décision (entscheidungserheblich).*

2) *GYGI, Grundrechtskonkurrenz, p. 65*

3) *ATF Ballos, ZBI 78/1977, p. 357 ss, précité; ATF Geissbühler, ZBI 81/1980, p. 35 ss, précité*

4) *ATF du 21 mars 1979, HASG, publié in: ZBI 81/1980, p. 42 ss*

Un autre exemple : celui de la construction de centres commerciaux. Les restrictions prises contre la construction désordonnée de centres commerciaux le sont presque toujours dans le cadre de l'aménagement du territoire. Les motifs fondant de telles restrictions ressortissent en revanche à des préoccupations économiques plutôt qu'au souci d'utiliser le sol de manière rationnelle. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a traité ces cas sous l'angle de la propriété, tenant compte il est vrai d'éléments de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette tendance ne peut être approuvée, car elle entraîne une augmentation sensible des restrictions apportées au domaine des libertés. La décentralisation des points de vente de détail est une préoccupation de politique économique avant tout. Les mesures proposées par exemple dans l'arrêt **Globus**,¹ ont pour but et non seulement pour effet secondaire, de protéger les petits commerçants contre la concurrence des grandes surfaces de vente. L'examen sous l'angle de la liberté du commerce et de l'industrie n'exclut nullement que certaines conditions, motivées par l'aménagement du territoire, restent valables. Celle de l'accès facile par des moyens de transport publics et des routes suffisantes, par exemple, ne serait pas touchée.

Bien que le Tribunal fédéral ait, dans les arrêts comme **Globus** et **Buess**,² pris en considération des critères de jugements dérivés des deux libertés en cause (garantie de la propriété et liberté du commerce et de l'industrie), ses décisions sont encore influencées par la soumission traditionnelle des mesures d'aménagement du territoire à la seule garantie de la propriété. Mais l'examen effectué sous l'angle de l'intensité des restrictions aboutirait à un traitement plus nuancé et mieux adapté aux circonstances actuelles.

Il importe de préciser le but et la finalité des considérations énoncées ci-dessus. Elles tentent d'illustrer nos propositions. Il ne faut pas en déduire des catégories trop strictes.

5.2.4 Les libertés ne sont touchées que faiblement

Nombre de décisions et de règles de droit réglementent la vie quotidienne et restreignent virtuellement la liberté des citoyens. Rien de plus normal dans une société moderne, pluraliste et complexe. Du point de vue du constitutionnaliste, la question du traitement de telles situations se pose. L'intérêt public à la restriction l'emportera presque inévitablement sur le besoin de sauvegarde de la liberté dans ces cas de faibles restrictions. Le fait que plusieurs libertés soient touchées faiblement en même temps change-t-il l'issue du procès ?

Dans cette situation, il convient de distinguer entre mesures isolées et ensembles de règles. La mesure isolée pourra être traitée selon les procédés classiques.

1) ATF 102 Ia 104 ss, **Globus**, précité

2) ATF 103 Ia 586 ss, **Buess**, précité

Quid cependant des restrictions qui sont la conséquence d'un ensemble de règles? Le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur la validité des règlements de prison.¹ On peut constater qu'il a apprécié les différentes restrictions dans le contexte global de la vie en prison. Cette manière de faire donne plus de poids aux restrictions isolées et, de ce fait, elle augmente les chances de succès du recourant. Elle est d'ailleurs parfaitement justifiée et donne des résultats satisfaisants.

La même technique s'impose, à notre avis, quand il s'agit d'examiner la constitutionnalité d'autres ensembles de règles, notamment des plans d'aménagement. Ce n'est que dans le contexte d'un ensemble de mesures, et compte tenu du nombre de personnes touchées, que des restrictions par voie de plan acquièrent leur dimension juste.

5.2.5 Conclusion

La complexité de la vie moderne exige de plus en plus de différenciations entre plusieurs types d'un même groupe de comportements humains. La coexistence des libertés et la pesée des intérêts qui en est déduite permet d'atteindre des résultats plus proches de la réalité que les méthodes habituelles. La sécurité du droit reste sauvegardée, car des règles précises et des groupes de cas typiques guideront inévitablement juges et justiciables après une période transitoire.

5.3 La liberté personnelle et l'art. 4 Cst. féd. — des droits fondamentaux subsidiaires?

5.3.1 Introduction

Le nombre des garanties de libertés dans la Constitution étant limité, la question se pose de savoir si les comportements humains non protégés par elles le seront par d'autres dispositions. En Allemagne, on parle à ce propos d'un «Auffanggrundrecht»,² d'une liberté subsidiaire et générale. Ce droit assurerait donc une protection minimale contre toute ingérence étatique.

Traditionnellement, le Tribunal fédéral a examiné sous l'angle de l'art. 4 Cst. féd. la validité des restrictions portées à des facultés qui n'étaient pas protégées par une règle spéciale.

En 1963,³ il a admis la liberté personnelle au rang de droit fondamental garanti implicitement par la Constitution. Certains auteurs voulurent alors donner à cette nouvelle liberté la fonction d'«Auffanggrundrecht».⁴ La jurisprudence et une partie de la doctrine s'y opposèrent. Aujourd'hui, l'on

1) Cf. p. ex.: ATF 102 Ia 279 ss, Minelli, précité

2) Cf. les commentaires ad. art. 2 GG cités à la N. 4, p. 71

3) ATF 89 I 92, 97 s, Kind X., précité

4) Cf. MASTRONARDI, p. 73 ss

peut constater que la liberté personnelle a une sphère de protection suffisamment définie pour que le problème se pose de manière différente.

5.3.2 La liberté personnelle

Dans son premier arrêt, le Tribunal fédéral disait de la liberté personnelle qu'elle protégeait «toutes les émanations importantes de la dignité humaine et les comportements constituant l'épanouissement de la personnalité humaine ...» et il ajoutait : «La liberté personnelle est subsidiaire». ¹

Par la suite, la sphère d'application s'est rétrécie. La liberté personnelle a trouvé son domaine premier dans la protection des détenus. ²

Quelques remarques s'imposent, tant en ce qui concerne le caractère subsidiaire de cette liberté qu'en ce qui concerne sa sphère d'application.

L'affirmation du Tribunal fédéral, selon laquelle la liberté personnelle est une liberté subsidiaire, s'explique notamment par deux considérations :

L'arrêt a été rendu à une époque où une seule liberté s'appliquait à un comportement humain donné. Tant qu'un comportement humain était protégé par une autre liberté, la liberté personnelle n'avait plus de place.

Dans l'optique de notre thèse, conforme sur ce point à la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette affirmation ne se justifie plus. Les libertés constitutionnelles étant toutes du même rang, elles doivent être coordonnées et non pas subordonnées.

Parmi les émanations essentielles de la personnalité et de la dignité humaine, on trouve nombre de comportements déjà protégés par des libertés nommées. Les restrictions qui leur sont apportées obéissent dès lors aux règles posées par la jurisprudence et la doctrine.

Le Tribunal fédéral n'entendait pas renforcer la protection de libertés existantes. Il s'agissait de protéger des aspects non encore touchés. ³

Ce souci reste actuel. Nous sommes toutefois d'avis qu'il n'est pas nécessaire d'utiliser l'expression peu correcte de «subsidiaire» pour le mettre en évidence.

En cas de coexistence entre la liberté personnelle et une autre liberté, les mêmes méthodes de jugement s'appliquent que pour les autres combinaisons de coexistence. N'oublions pas que la sphère d'application de la liberté personnelle n'est pas a priori limitée aux détenus. L'évolution future de la jurisprudence pourrait mener à des situations où la coexistence entre la liberté personnelle et une autre liberté gagnerait en importance.

1) ATF 102 Ia 302, 303, Krause, précité

2) ATF 102 Ia 302 ss, Krause, précité; ATF 102 Ia 279 ss, Minelli, précité, avec renvois; AUBERT, *droits fondamentaux*, p. 5 s

3) GRISEL A., *liberté personnelle*, p. 249 ss

5.3.3 L'art. 4 Cst. féd.

5.3.3.1 Remarques préliminaires

La jurisprudence a déduit de l'art. 4 Cst. féd., ou y a rattaché, un grand nombre de règles et principes constitutionnels.¹ Nous distinguerons entre les règles précises telles que celles sur la composition des tribunaux, qui ne posent guère de problèmes de concours, et la règle générale de l'égalité de traitement, qui peut être invoquée comme droit fondamental subsidiaire dans les cas où aucune liberté ne protège l'activité humaine en question.

Il convient en outre de relever un aspect pratique de la coexistence entre l'art. 4 Cst. féd. et une liberté : Le juge commencera très souvent son examen par l'art. 4. Si la mesure ne tient pas devant cette disposition, point n'est besoin d'aller plus loin. Ici encore, il serait néanmoins souhaitable que le tribunal fasse allusion au fait que la mesure pourrait violer une autre liberté invoquée.

5.3.3.2 Le respect de l'art. 4 Cst. féd. est l'une des conditions des restrictions aux libertés

Nous avons vu que les restrictions aux libertés doivent obéir à un certain nombre de conditions. Parmi elles, on trouve la règle de l'égalité de traitement. Ainsi, la coexistence de l'art. 4 Cst. féd. et des libertés constitutionnelles est établie depuis longtemps. Notons qu'il y a interdépendance entre la règle de l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire d'une part, et la liberté invoquée d'autre part. Les valeurs déduites de la liberté guideront le juge dans l'appréciation du bien-fondé d'une distinction ou motivation.²

5.3.3.3 L'art. 4 comme «*Auffanggrundrecht*»

Il est difficile d'imaginer une situation où l'art. 4 Cst. féd., appliqué en tant que liberté subsidiaire, se trouverait en concours avec une autre liberté. Car, soit le comportement humain en question se trouve dans la sphère de protection d'une liberté et alors il n'y a pas de place pour une liberté de remplacement, soit aucune liberté ne s'applique et dans ce cas-là, il n'y a pas non plus de coexistence.

Une «coexistence virtuelle» pourrait éventuellement être «construite» entre l'application de l'art. 4 Cst. féd. et des considérations de valeur touchant au caractère libéral de la Constitution et à la protection de la dignité humaine. A notre avis, une telle manière de voir ne s'impose nullement. Le Tribunal fédéral a su mettre l'art. 4 Cst. féd. au service de la protection de la personnalité sans un tel subterfuge de doctrine.

1) AUBERT, *Traité*, no 1778 à 1849

2) *Notamment en ce qui concerne la mise à disposition du domaine public pour l'exercice d'une liberté*: ATF 100 Ia 392, 401 ss, Kaufmann, précité; ATF Ballos, ZBI 78/1977, p. 357, 360;

TABLE DES MATIERES

Avant-propos	VII
Bibliographie	VIII
Abréviations	XII
Table des matières	XV

LA COEXISTENCE DES LIBERTES

PREMIERE PARTIE

Chapitre 1 :	INTRODUCTION	1
Chapitre 2 :	DEFINITIONS	2
2.1	Généralités	2
2.2	L'utilisation du terme en droit constitutionnel suisse	2
2.3	Critique de ces définitions	2
2.4	Une première définition	3
2.5	Concours entre le droit constitutionnel suisse et le droit conventionnel	3
2.6	Concours entre le droit constitutionnel et une loi	3
2.7	Les notions de «liberté», de «droit fondamental»	3
Chapitre 3 :	IMPORTANCE DU PROBLEME	4
Chapitre 4 :	LE CONCOURS DE LIBERTES — UN FAUX PROBLEME ?	4
	Conclusion	6

DEUXIEME PARTIE : QUESTIONS THEORIQUES

Chapitre 1 :	GENERALITES	7
1.1	Les restrictions aux libertés	7
1.2	Le rattachement des activités humaines aux libertés	7
1.2.1	L'objet de la protection	7
1.2.2	L'interprétation des règles protégeant les libertés	8
1.2.3	La coexistence des libertés et les concepts juridiques	8
1.2.4	Les différences dues au traitement privilégié de certaines libertés	8

Chapitre 2 :	LES RESTRICTIONS AUX LIBERTES	8
2.1	Il n'y a pas de libertés sans limites	8
2.1.1	Les voies de recours	9
2.2	L'exigence d'une base légale	9
2.3	L'intérêt public	10
2.3.1	Des justifications opposables à toutes les libertés	11
2.3.1.1	La protection de l'existence de l'Etat	11
2.3.1.2	Les motifs de police	11
2.3.1.3	La réserve de l'ordre légal	12
2.3.2	Des justifications opposables à certaines libertés seulement	12
2.3.2.1	La politique sociale	12
2.3.2.2	L'aménagement du territoire	13
2.3.2.3	La défense des valeurs esthétiques	14
2.3.2.4	La politique économique	14
2.4	Le principe de la proportionnalité	14
2.4.1	Les différents aspects du principe de la proportionnalité	14
2.4.1.1	La mesure doit être apte à atteindre le but visé	15
2.4.1.2	La nécessité d'une mesure	15
2.4.1.3	La proportionnalité stricto sensu	15
2.5	Autres principes constitutionnels	16
Chapitre 3 :	INTERET PUBLIC — INTERET PRIVE	16
Chapitre 4 :	DE LA CONCRETISATION DES NORMES CONSTITUTIONNELLES	18
4.1	Le problème à résoudre	18
4.2	De l'importance des concepts	19
4.2.1	Généralités	19
4.2.1.1	Le rôle de l'art. 90 al. 1 OJF	19
4.2.1.2	Le choix de la liberté invoquée influe sur l'étendue de la protection future	20
4.2.2	L'importance du préjugé	20
4.2.2.1	Notion	20
4.2.2.2	Quelques préjugés importants en matière de libertés	21
4.2.2.3	Compréhension intuitive et interprétation des libertés	21

4.3	Interprétation des normes garantissant des libertés	21
4.3.1	Application d'une règle générale	21
4.3.2	La structure apparente des garanties de libertés	22
4.3.3	La structure réelle des garanties de libertés	23
4.3.4	Les normes garantissant des libertés servent de base à une pesée de valeurs	23
Chapitre 5 :	LES GARANTIES DE LIBERTES	24
5.1	Introduction	24
5.2	Les garanties des libertés en 1848/1874	25
5.3	Le catalogue des libertés n'est ni complet, ni systématique	26
5.4	Les conséquences du catalogue incomplet	26
5.5	La réponse des positivistes	27
Chapitre 6 :	LE CONCEPT CONCRET, CORPOREL	28
6.1	Introduction	28
6.2	Les libertés individuelles considérées comme parcelles de la Liberté	28
6.2.1	Le concept	28
6.2.2	Les raisons de ce concept	29
6.3	La Constitution ne protège pas des activités déterminées mais des aspects de la Liberté	30
6.3.1	Précision	30
6.3.2	L'objet de protection	30
6.3.3	La qualification d'une activité	31
6.3.4	La qualification d'une activité peut être équivoque	31
6.3.5	Les critères de qualification	31
6.3.5.1	Le but de l'activité elle-même	31
6.3.5.2	Le contenu de l'activité	31
6.3.5.3	Le moyen utilisé	32
6.3.5.4	Exercice collectif ou individuel	32
6.3.6	Valeur distinctive de ces critères	32
6.3.7	Des activités présentant les critères de plusieurs libertés	32
6.3.8	Conclusion	33

Chapitre 7 :	LES SOLUTIONS JURISPRUDENTIELLES DES CAS DE CONCOURS	33
7.1	Introduction	33
7.2	La jurisprudence n'est pas uniforme	34
7.2.1	L'exclusion d'un droit fondamental par la définition des faits juridiques	34
7.2.1.1	Le cas Isaëff (ATF 52 I 254)	34
7.2.1.2	L'exemple de la censure de cinéma	35
7.2.2	La réserve de l'ordre public	35
7.2.3	Construction d'un rapport de spécialité entre deux libertés	35

TROISIEME PARTIE : LES GROUPES DE CONCOURS DANS LA JURISPRUDENCE DU TRIBUNAL FEDERAL

Chapitre 1 :	INTRODUCTION, GENERALITES	36
Chapitre 2 :	LES RELATIONS DES LIBERTES IDEALES ENTRE ELLES	37
2.1	Quelques cas de concours apparents	37
2.2	Les rapports entre la liberté religieuse et la liberté de la presse	37
2.3	Les rapports entre la liberté religieuse et la liberté d'association et de réunion	38
2.4	Les rapports entre la liberté de la presse et la liberté d'opinion	39
2.5	La liberté d'information	39
2.6	La liberté d'association et la liberté d'opinion	39
2.7	Manifestations sur le domaine public	40
Chapitre 3 :	LES LIBERTES IDEALES ET LES LIBERTES ECONOMIQUES	40
3.1	Introduction	40
3.2	La protection des activités à but lucratif	41
3.3	La Constitution a déjà fait son choix	43
3.4	Les mesures de police économique	44
3.5	Le colportage des produits de la presse	45
3.5.1	L'arrêt König	45
3.5.2	L'arrêt Arnold	45
3.5.3	Quelques remarques concernant cette jurisprudence	45

3.5.4	Suite de la jurisprudence	46
3.5.5	L'arrêt Aleinick	47
3.5.6	L'arrêt Ballos	47
3.6	La censure des films cinématographiques	49
3.6.1	Introduction	49
3.6.2	L'exploitation d'un cinéma est protégée par l'art. 31 Cst. féd.	49
3.6.3	Recours dirigés contre la censure préventive	50
3.6.4	L'arrêt Ernst	51
3.6.5	Conclusion	51
3.7	La liberté artistique et la garantie de la propriété	51

Chapitre 4 :	LES RELATIONS ENTRE LA GARANTIE DE LA PROPRIETE ET LA LIBERTE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE	52
4.1	Introduction	52
4.2	La relation entre la garantie de la propriété et la liberté économique dans la jurisprudence du Tribunal fédéral	53
4.2.1	L'arrêt Righi	53
4.2.2	Remarques critiques	54
4.2.3	L'arrêt Globus	55
4.2.4	Remarques critiques	57
4.2.5	L'arrêt Buess	57
4.2.6	Remarques critiques	58
4.3	La relation entre les art. 22ter et 31 Cst. féd. du point de vue dogmatique	59
4.3.1	Introduction	59
4.3.2	La coordination des libertés	59
4.3.3	L'application du principe de la proportionnalité	61
4.3.4	L'art. 22quater de la Constitution fédérale	61
4.3.4.1	La notion de plan	62
4.3.4.2	Les buts de l'aménagement du territoire	63
4.3.4.3	L'élaboration des plans	64
A.	Etudes préalables	64
B.	La planification des besoins	65

C.	La planification influant sur l'évolution économique par le biais de mesures positives	66
D.	La planification influant sur l'évolution économique par le biais de mesures d'interdiction	66
E.	Combinaison de mesures positives et de mesures restrictives	66
F.	Les prescriptions sur l'utilisation	67

QUATRIEME PARTIE: UNE THEORIE DE LA COEXISTENCE DES LIBERTES EN DROIT SUISSE

Chapitre 1 :	INTRODUCTION	69
1.2	Coexistence et non pas concours	69
1.3	Une nouvelle définition de notre problème	69
1.4	Plan de la quatrième partie	69
Chapitre 2 :	LES INFLUENCES DU DROIT ALLEMAND	70
2.1	Introduction, généralités	70
2.2	La systématique de la protection des libertés en Allemagne	71
2.3	Différences entre le droit suisse et le droit allemand	72
2.4	Utilité de la référence au droit allemand	72
Chapitre 3 :	QUELQUES THEORIES D'AUTEURS SUISSES	72
3.1	Introduction	72
3.2	La théorie de M. HUBER	73
3.3	Critique de la théorie de M. HUBER	74
3.4	La théorie de M. GYGI	74
3.5	Critique de la théorie de M. GYGI	75
3.6	La théorie de M. VENANZONI	77
3.6.1	Remarque préliminaire	77
3.6.2	Quelques aspects de la théorie de M. VENANZONI	77
3.7	D'autres auteurs	77
3.8	Conclusion	78
Chapitre 4 :	LES BASES DE NOTRE SOLUTION	78
4.1	Introduction	78
4.2	Le concept des libertés	79
4.2.1	Les libertés ne sont pas «délimitées»	79

4.2.2	Il n'y a pas d'unité de traitement parmi les activités protégées par une liberté	79
4.2.3	Notre concept des libertés	80
4.2.4	Les degrés de protection	80
4.3	La coordination des libertés	80
4.3.1	L'absence de hiérarchie des valeurs	80
4.3.2	Les libertés sont coordonnées	81
4.4	L'application du principe de la proportionnalité	81
Chapitre 5 :	L'APPLICATION DE NOTRE SOLUTION	82
5.1	Introduction	82
5.2	La coexistence de plusieurs libertés	83
5.2.1	La mesure touche les libertés dans leur noyau	83
5.2.2	La mesure touche les libertés de façon grave	83
5.2.3	La mesure touche les libertés à des degrés divers	84
5.2.4	Les libertés ne sont touchées que faiblement	85
5.2.5	Conclusion	86
5.3	La liberté personnelle et l'art. 4 Cst. féd. — des droits fondamentaux subsidiaires ?	86
5.3.1	Introduction	86
5.3.2	La liberté personnelle	87
5.3.3	L'art. 4 Cst. féd.	88
5.3.3.1	Remarques préliminaires	88
5.3.3.2	Le respect de l'art. 4 Cst. féd. est l'une des conditions des restrictions aux libertés	88
5.3.3.3	L'art. 4 Cst. féd. comme «Auffanggrundrecht»	88

